



UNIVERSIDAD DE JAÉN
**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS**
**DEPARTAMENTO DE DERECHO
CIVIL, FINANCIERO Y TRIBUTARIO**

TESIS DOCTORAL

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ
DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS
DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
DISCAPACITADAS**

**PRESENTADA POR:
CRISTÓBAL FRANCISCO FÁBREGA RUIZ**

**DIRIGIDA POR:
DR. D. DOMINGO JIMÉNEZ LIÉBANA**

JAÉN, 29 DE ENERO DE 2016

ISBN 978-84-16819-46-1

*Quiero dedicar esta tesis al Catedrático
de Derecho Civil que fue de esta universidad
don José González García, maestro y amigo,
que continua vivo en el recuerdo de los que
tuvimos la dicha de conocerlo.*

	<i>Págs.</i>
I.– JUSTIFICACIÓN.	13
II.– ABREVIATURAS.	17
III.– CONTENIDO.	19
A.– La evolución del modelo de discapacidad.	19
1– <i>La incapacitación como capacitación. Aportes a un nuevo modelo legal de discapacidad, aportación a la Mesa Redonda sobre perspectivas legales ante la discapacidad intelectual en el I Congreso Andaluz sobre Discapacidad Intelectual Capacitando la discapacidad celebrada en Jaén los días 9 y 10 de noviembre de 2006. Inédito.</i>	19
I.– El derecho ante la discapacidad: del enfermo «objeto» a la persona con discapacidad como sujeto del derecho	19
II.– La incapacitación es un mecanismo de protección de las personas con discapacidad.	22
III.– Evolución de los mecanismos jurídicos de protección de la discapacidad.	23
IV.– El nuevo concepto de la capacidad de obrar suficiente y el problema de los actos personalísimos del discapaz.	26
V.– Una mejor utilización de la guarda de hecho.	30
VI.– La implicación de las entidades públicas en la tutela de las personas desamparadas.	31
VII.– Hacia un nuevo proceso de incapacitación. El proceso de protección de personas con capacidades especiales o proceso de capacitación.	33
VIII.– Novedades de la ley sobre igualdad de oportunidades	36
2– «La atención social de la discapacidad. De la asistencia social al reconocimiento de derecho» en <i>SUMUNTAN Revista de Estudios sobre Sierra Mágina</i> . N° 26. Jaén 2008. Págs. 9 a 44. ISSN 1132–6956.	41
I.– El derecho ante la discapacidad: del enfermo «objeto» a la persona con discapacidad como sujeto del Derecho.	43
II.– La incapacitación es un mecanismo de protección de las personas con discapacidad.	48
III.– Evolución de los mecanismos jurídicos de protección de la discapacidad.	50
IV.– El nuevo concepto de la capacidad de obrar suficiente y el problema de los actos personalísimos del discapaz.	52
V.– Novedades de la ley sobre igualdad de oportunidades.	54
VI.– Grandeza y servidumbre de la ley de autonomía personal y dependencia.	54
VII.– Convención de la onu sobre los derechos de la persona con discapacidad.	54
3– El derecho subjetivo a la atención a las personas con dependencia. ¿Esta garantizado? En <i>Soluciones judiciales a los conflictos en la aplicación de la Ley de Dependencia en las XVIII Jornadas Aequitas–V Jornadas TAU sobre La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Perspectiva desde las Fundaciones Tutelares</i> . Granada 23 de enero de 2007.	57

I.– Prefacio pesimista de un optimista patológico.	59
II.– La ley de dependencia.– Su ubicación dentro de las distintas ramas del derecho como primer paso para determinar la jurisdicción a la que pertenece.	61
III.– Algunas indicaciones sobre el objeto recurrible y el procedimiento a seguir.	63
B.– Derecho y enfermedad mental.	69
4– <i>La protección jurídica de los derechos sociales de los enfermos mentales como base de su rehabilitación</i> , ponencia presentada en las IV Jornadas sobre Salud Mental celebradas en Jaén en noviembre de 2004. Inédito.	71
1.– Las instituciones jurídicas son también un medio de suprimir barreras.	71
2.– La recuperación de la capacidad como forma de reinserción y rehabilitación social.	74
3.– Las medidas cautelares como forma de recuperación social.	79
4.– Métodos coercitivos y terapias especiales.	82
5.– El espinoso problema de los tratamientos médicos involuntarios.	85
5– «El derecho como instrumento de integración de las personas con enfermedad mental». Conferencia presentada en las VI Jornadas sobre Salud Mental y Estado de Bienestar organizadas por la Asociación Provincial de Allegados y Enfermos Mentales de Jaén en noviembre de 2006.	87
1.– Las instituciones jurídicas son también un medio de suprimir barreras.	89
2.– La incapacitación como capacitación.	91
3.– Algunos aspectos relativos a la responsabilidad del tutor.	95
4.– Internamientos psiquiátricos.	97
5.– Métodos coercitivos y terapias especiales.	100
6.– El espinoso problema de los tratamientos médicos involuntarios.	103
C.– Aspectos específicos para la protección jurídica de las personas con discapacidad.	99
6– «Cuestiones prácticas de incidencia del Derecho en el ámbito de las personas con discapacidad intelectual» en <i>Discapacidad intelectual y Derecho, Actas de las IV Jornadas Fundación Aequitas</i> (2ª edición revisada y aumentada), Madrid, 2005 págs. 290 a 349. ISBN 84-609-4333-X.	117
I.– Las autorizaciones de internamiento. Problemática de su aplicación a los discapaces psíquicos.	117
II.– El tratamiento ambulatorio.	123
III.– La esterilización y el aborto en los discapaces psíquicos.	123
IV.– La gestión de la tutela por personas jurídicas. Las fundaciones tutelares.	125
V.– Las entidades de atención y sus directores como guardadores de hecho.	131
VI.– La responsabilidad del guardador de hecho.	132
VII.– Por un registro central de incapacitaciones	137
7– <i>Aspectos de interés introducidos por la Ley de protección patrimonial del discapacitado y la Ley sobre igualdad de oportunidades</i> . Edición en CD. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid 2005.* Edición electrónica.	139
I.– Presentación	141
II.– Aspectos generales y civiles no sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad	142

III.– Aspectos de interes para el fiscal de la ley sobre igualdad de oportunidades.	163
8– <i>La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad</i> , Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección por más señas– La llave (Premio Aquitas), Madrid 2006. ISBN 84–8004–757–7.	167
I.– Introducción	169
II.– ¿Que debemos entender por guarda de hecho?	170
III.– La constatación de la guarda de hecho.	172
IV.– Regulación jurídica de la guarda de hecho.	177
V.– Medidas de control y vigilancia de la guarda de hecho.	179
VI.– Validez de los actos realizados por el guardador de hecho.	185
VII.– La responsabilidad civil del guardador de hecho.	189
VIII.– Conclusiones.	196
9– <i>Aproximación a la Guarda de Hecho como cierre del Sistema de Protección de las Personas con Discapacidad</i> en Jornadas sobre Protección Jurídica en la incapacidad. Edición en CD. Fundación Tutelar de la Rioja. Págs. 191 a 224. Logroño 2007. Edición electrónica. 347.161(460)(063)*.	201
I.– Prefacio.	203
IV.– Regulación jurídica de la guarda de hecho.	204
V.– Control judicial de la guarda de hecho.	204
VI.– Acercamiento al artículo 304 del código civil.	204
VII.– El espinoso problema de la responsabilidad civil del guardador de hecho.	206
VIII.– Ley de dependencia y guarda de hecho.	206
10– <i>Las fronteras del autogobierno. Acercamiento a las nuevas formas de incapacidad jurídica</i> en www.el-observatorio.org/2009/09/doctrina-las-fronteras-del-autogobierno-acercamiento-a-las-nuevas-formas-de-incapacidad-juridica-por-cristobal-fco-fabrega y en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. Edición electrónica. ISSN–e 1888.7740. 2008.	209
I.– Introducción.	211
II.– Aspectos generales de la falta de capacidad.	212
III.– El síndrome de diógenes.	215
IV.– El internamiento con fines asistenciales.	220
V.– Los problemas derivados de la negativa a los tratamientos medicos. Especial referencia a los tratamientos ambulatorios involuntarios en el campo psiquiatrico.	224
VI.– Derecho y libre accesibilidad.	226
VII.– La manipulación mental sectaria o síndrome disociativo atípico.	227
VIII.– Los trastornos alimentarios. En especial la bulimia y la anorexia.	230
IX.– Adicciones a sustancias.	232
X.– Otras adicciones: ludopatía y compras compulsivas.	234
XI.– Trastornos de la personalidad e inadaptación social.	235
XII.– Personas con capacidad intelectual límite.	238
XIII.– Conclusiones.	241

11– <i>Internamientos II: Problemática específica de los internamientos de carácter residencial, medios de contención y vigilancia de los derechos fundamentales en los centros residenciales</i> en www.cej.justicia.es , publicaciones, ponencias, Fiscales, 2009, Fábrega, opciones, descargar ponencia. También en www.aequitas.org/?do=banco , Trabajos y ponencias, Internamientos involuntarios y tratamientos ambulatorios forzosos. Edición electrónica.	234
I.– Incapacidad e internamientos.	245
II.– Problemática del examen judicial del discapacitado como prueba obligatoria.	247
III.– Control de centros de internamiento y residenciales por el Ministerio Fiscal.	248
IV.– Internamientos y contenciones mecánicas.	254
V.– Abusos económicos a los ancianos internados.	255
D.– La intervención del Ministerio Fiscal en la protección de las personas con discapacidad.	257
12– «Protección de incapaces: actuaciones previas del Fiscal. Medidas cautelares y de protección» en <i>Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad</i> . Colección La Llave. Fundación Aequitas. Madrid 2004. Págs. 41 a 77. ISBN 84–609–3564–7.	259
I.– Presentación.	259
II.– Fase previa de intervención del fiscal: la sección de protección al discapacitado y los expedientes informativos.	259
III.– Medidas cautelares, o mas propiamente, de protección.	266
IV.– El tratamiento ambulatorio.	272
V.– El artículo 158 cc como cláusula de cierre del sistema de protección.	272
13– <i>La labor del Ministerio Fiscal en la protección de las personas con discapacidad. Las Diligencias Preprocesales</i> . Ponencia presentada en el Seminario de Especialización en Tutelas e Incapacidades. Santiago de Compostela 1 y 2 de octubre de 2007.	275
I.– Presentación.	277
II.– Fase previa de intervención del fiscal: los expedientes informativos.	278
III.– Decisión.	282
IV.– Los expedientes derivados de las comunicaciones deducidas como consecuencia de las peticiones derivadas de la Ley de Dependencia.	283
V.– Breve referencia de determinados expedientes específicos.	287
VI. Estadística y recogida de información de los expedientes informativos.	288
E.– Cambios producidos tras la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con discapacidad de 2006.	289
14– <i>Aproximación de urgencia a algunos artículos de la convención de naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su relación con el ordenamiento español, en especial a los artículos 12 y 13</i> en www.cej.justicia.es , publicaciones, ponencias, Fiscales, 2009, Fábrega, opciones, descargar ponencia. Edición electrónica.	291
I.– Presentación.	291
II.– Los nuevos paradigmas en materia de discapacidad.	292
III.– El artículo 12 de la cnudpd. Del concepto de capacidad de obrar a los mecanismos de apoyo	293
IV.– El acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Aproximación al artículo 13 de la cnudpd.	298

V.– Libertad y seguridad de la persona. El artículo 14 de la convención.	304
VI.– Los artículos 15 y 17 de la conudpd. Derecho a la dignidad y a la integridad.	307
VII.– El artículo 10. Derecho a la vida.	312
VIII.– Protección contra la explotación, la violencia y el abuso. Artículo 16.	313
IX.– Respeto del hogar y de la familia. Artículo 23.	314
X.– Derechos de libertad y autonomía personal.	319
XI.– Derechos relativos a la integración social y política.	320
XII.– Derechos laborales.	321
XIII. El derecho a la salud.	321
15– <i>La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sus efectos en las leyes de dependencia, igualdad de oportunidades y otras materias relacionadas en Jornadas de Fiscales Especialistas de Protección Jurídica de Personas con Discapacidad. Madrid 19 y 20 de octubre de 2009. Inédito.</i>	323
I.– Preamble.	325
II.– Exposición comparativa de la convención y de las leyes de igualdad de oportunidades y de autonomía personal 51/2003 y 39/2006 y algunos aspectos reformables.	325
III.– Derechos de libertad y autonomía personal.	326
IV.– Derechos relativos a la integración social y política.	328
16.– «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado» en <i>I Congreso Nacional Derecho y Discapacidad. Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad</i> . Edita El Justicia de Aragón. Zaragoza 2010. Págs. 295–338. ISBN 978–84–92606–14–6.	329
1.– Introducción.	331
8.– Guarda de hecho y Ley de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia.	331
9.– El futuro de la guarda de hecho a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con Discapacidad.	333
17.– «Breve comentario de la aplicación en la jurisprudencia española de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad» con Torres Costas, María Eugenia en <i>Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia</i> . Abeledo–Perrot. II–2013. Buenos Aires. ISSN 1851–1201.	335
I.– Introducción.	337
II.– El artículo 12 de la conudpd. Del concepto de capacidad de obrar a los mecanismos de apoyo.	338
III.– ¿Necesita el ordenamiento español adaptar su legislación para la aplicación de la convención?	339
IV.– La postura de nuestro tribunal supremo. Las sentencias de 29 de abril de 2009 y 17 de julio de 2012.	340
V.– Algunos ejemplos de aplicación práctica: la sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Santiago de Compostela de 8 de marzo de 2012.	343
18.– «El problema de las curatelas de salud y su ejercicio por las personas jurídicas» con Torres Costas, María Eugenia en <i>Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia</i> . Abeledo–Perrot. VI–2013. Buenos Aires. ISSN 1851–1201.	347
I.– Introducción.	349

II.– La tutela de las personas jurídicas.	349
III.– Los diferentes modelos.	350
IV.– Ventajas e inconvenientes.	351
V.– La sentencia del tribunal supremo de 24 de junio de 2013.	352
VI.– Ejecución práctica de la sentencia por la entidad tutelar.	353
IV.– CONCLUSIONES	357
V.– BREVISIMO APENDICE JURISPRUDENCIAL	363
1.- Sentencias del Tribunal Constitucional.	365
2.- Sentencias del Tribunal Supremo	365
VI.– BIBLIOGRAFÍA	367

I.– JUSTIFICACIÓN.

Durante más de 20 años he estado trabajando directamente en lo que hace referencia a la protección jurídica de las personas con discapacidad desde la atalaya privilegiada que supone el pertenecer al Ministerio Fiscal y a un Ministerio Fiscal muy implicado en el desarrollo y defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad. He vivido, por ello, todo lo que ha supuesto el desarrollo de la reforma operada en materia de modificación de la capacidad y de la tutela en el año 1983, su crisis, la evolución de la tutela operada por las personas jurídicas y el cambio del paradigma sobre esta materia desde el modelo de exclusión al de derechos humanos que ha desembocado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y su protocolo de 3 de diciembre de 2007, considerada el primer texto sobre derechos humanos del Siglo XXI, y que se encuentra vigente en España por su publicación en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, desde el 3 de mayo de dicho año.

Esa labor práctica ha ido acompañada del estudio teórico de las distintas materias a lo largo de estos años, lo que ha cristalizado en más de 106 conferencias y charlas y más de cuarenta de publicaciones. Esta tesis doctoral va dirigida fundamentalmente a plasmar y compartir esta experiencia incardinándola en la evolución que esta materia ha tenido en estos últimos años.

El artículo 1º de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad incluye como tales *«a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

La Convención cambia, por ello, el criterio médico– reglamentario, por el criterio de no discriminación social, por lo que debemos mantener un concepto de discapacidad amplio y flexible, incluyendo buena parte de las situaciones sociales en situación o riesgo de exclusión. Partimos de la idea de que la discapacidad radica en la sociedad, no en las personas, que adaptando sus capacidades a los apoyos necesarios, pueden adquirir la capacidad suficiente para ser iguales al resto de sus conciudadanos. Traslada formalmente las políticas de inclusión de las personas con discapacidad al ámbito de los derechos fundamentales, por lo que el acceso a derechos de este grupo no puede quedar relegado al campo de la política social, sino que deberá ser abordado de forma transversal en todas las políticas públicas y contar con todas las garantías previstas para los derechos fundamentales. Esto quiere decir que, no solo en el campo jurídico de la capacidad y en las leyes específicas de la protección social a las personas con discapacidad, deben tenerse en cuenta los principios básicos que, en la materia, establece la convención de las Naciones Unidas, sino que estos deben informar todo el ordenamiento jurídico tanto en lo que respecta al derecho social, como al derecho privado y al derecho público.

Pero esto no ha ocurrido de la noche a la mañana sino que ha sido fruto de una evolución en la que he participado modestamente desde la reflexión que ha tenido lugar en el interior del Ministerio Público y en otros foros como la Fundación Aequis en el seno del Consejo General del Notariado. Así las teorías de la causa y el motivo – que liga la posibilidad de la modificación de la capacidad a una necesidad concreta– o de la *«doble vía»*, – de carácter procesal, que busca facilitar la realización de concretos apoyos sin necesidad de acudir al procedimiento de modificación de la capacidad–. Todo ello como forma de proteger sin incapacitar y de realizar la graduación que ya establecía el Código Civil desde 1983.

Este es el principal objetivo de esta tesis y la razón que la justifica. El reflejar como esa evolución se ha dado a lo largo de estos años en nuestro ordenamiento, comprobar los efectos de la Convención de 2006 en un nuevo salto cualitativo en la materia, y preguntarnos sobre las medidas y cambios que el ordenamiento jurídico español necesita para adaptarse a la Convención indicada.

La presente tesis se enmarca en el compendio de publicaciones previas realizadas por el doctorando que contempla el artículo 23–3º del Reglamento de Estudios de Doctorado de la Universidad de Jaén de febrero de 2012, ya que, como hemos dicho, llevamos más de veinte años trabajando y reflexionando sobre la materia de la misma. Junto a los artículos publicados, incluimos otros textos inéditos que tocan temas necesarios para comprender la riqueza de esta evolución.

Buscamos un enfoque eminentemente práctico enraizado con la defensa de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y de su máxima autonomía, libertad, dignidad e igualdad con el resto de los ciudadanos.

En concreto, incluimos dieciocho trabajos:

- 1 libro publicado (8).
- 6 trabajos en publicación tradicional [2, 6, 12, 16, 17 y 18 (uno publicado durante la elaboración de la tesis el 18) , 2 (17 y 18) en colaboración uno como primer firmante (18)].
- 7 Trabajos en publicación electrónica (7, 9, 10, 11 y 14).
- 6 Conferencias inéditas (1, 3, 4,5, 13 y 15) .

Se cumplen, por ello, los requisitos mínimos exigidos por la legislación para llevar a cabo este tipo de tesis, ya que todos los trabajos se han elaborado desde el inicio del programa del doctorado.

Los resultados novedosos de esta investigación son, por un lado, el reflejar la evolución que los mecanismos jurídicos de protección a las personas con discapacidad han tenido desde la reforma del Código Civil de 1983. Por otro, el reflexionar sobre lo que, en nuestro ordenamiento jurídico, supone la introducción de los principios establecidos en la materia por la Convención de Naciones Unidas de 2006 como verdadera declaración del tratamiento de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, adoptando una concreta postura sobre ello desde la visión de más de veinte años de actividad práctica y teórica en la materia.

Las reflexiones contenidas en estas páginas incidirán en el debate científico existente sobre la adaptación o no de nuestro derecho privado a las exigencias de la Convención antes citada, y en la necesidad de proceder a la reforma de nuestro Código Civil para proceder, en su caso, a adaptar nuestra legislación. Es necesario indicar que el doctorando ha sido miembro de la subcomisión de expertos sobre el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que, en el seno del Real Patronato sobre la Discapacidad, ha realizado una Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ y ha participado en la elaboración del Manual de Buenas Prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006² y en la de materiales para varios cursos de formación *on line* en la materia³. También ha intervenido como coautor en la Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad⁴. Documentos, todos ellos, dirigidos a difundir el espíritu y la letra de la Convención en el cuerpo legislativo y el trabajo de jueces, fiscales y letrados teniendo una evidente incidencia práctica. Añadamos, también, que estos textos se gozan de una amplia difusión en la red, si bien no los hemos incluido en este trabajo por ser textos de resultado más que de investigación científica, si bien la labor realizada por el doctorando ha influido de forma decisiva en estos.

¹ Publicada, entre otros, por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en colaboración con las Fundaciones ONCE y Aequitas. Madrid 2012.

² Que ha tenido dos ediciones la primera Fundación Aequitas. Madrid 2010 y la 2ª Edición por Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

³ A modo de ejemplo el Curso Práctico de Especialización sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Universidad de Valladolid y la Fundación *Lex Nova*.

⁴ Editada por la Fundación Jiennense de Tutela y que, en Febrero de 2015, publicó su 4ª edición corregida y aumentada. DL J–491–2006.

Igualmente, las conclusiones de este trabajo se han desarrollado en conferencias y ponencias a lo largo de toda España y Argentina fundamentalmente en el seno de la labor de la Fundación *Aequitas* del Consejo General del Notariado, así como en Masters en las Universidades de Granada, Almería, Menéndez y Pelayo etc.... y en cursos de la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial.

Queremos también destacar que por todos estos trabajos el doctorando fue condecorado con la Cruz Distinguida de 1ª clase de San Raimundo de Peñafort a propuesta del Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por su especial aportación a la labor del Fiscal en el mundo de la discapacidad.

En cuanto al plan de publicación, decir que la mayor parte del material aportado ha sido ya publicado o recogido en otros trabajos por lo que, en principio, no se plantea nuevas publicaciones del mismo, si bien las líneas generales se están publicitando en una gran cantidad de conferencias, jornadas y congresos de toda España y Argentina por el doctorando.

Las publicaciones aportadas se han realizado en revistas especializadas en derecho de España y Argentina, algunos en revistas más generales, y el único libro se publicó por la Fundación *Aequitas* del Consejo General del Notariado Español, al haber sido finalista en el IV Premio *Aequitas* que patrocina dicha entidad.

II.– ABREVIATURAS

ALEC.– Ley de Enjuiciamiento Civil de 1888.

AMA.– Asociación Médica Americana.

AP.– Audiencia Provincial.

AVD.– Actividades de la Vida Diaria.

BOE.– Boletín Oficial del Estado.

CC.– Código Civil.

CCAA.– Comunidades Autónomas.

CCC.– Código Civil Catalán.

CE.– Constitución Española.

CEIS.– Centro Esotérico de Investigaciones.

CEOMA.– Confederación Española de Organizaciones de Mayores.

CERMI.– Confederación Española de Organizaciones Representante de Minusválidos.

CIE-10.– Catalogo Internacional de Enfermedades 10ª edición.

CFC.– Código de Familia Catalán.

CGPJ.– Consejo General del Poder Judicial.

CNT.– Confederación Nacional de los Trabajadores.

CONUDPD.– Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CP.– Código Penal.

DGRN.– Dirección General de los Registros y del Notariado.

DINAI.– Personas con capacidad intelectual limite o personas con discapacidad intelectual y necesidad de apoyos intermitentes

DSM-III-R.– Manual Diagnostico y estadístico de los Trastornos mentales. Tercera edición revisada.

EDJ.– El Derecho Jurisprudencia.

EDL.– El Derecho Legislación.

EOME.– Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

FAISEM.– Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental.

FEAFES.– Confederación Española de Asociaciones de Familiares y Enfermos Mentales.

FGE.– Fiscalía General del Estado.

IMERSO.– Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

INSALUD.– Instituto Nacional de la Salud.

LBRL.– Ley de Bases de Régimen Local.

LEC.– Ley de Enjuiciamiento Civil.

LIONDAU.– Ley sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

LISMI⁵.– Ley para la Integración Social de los Minusválidos.

LJCA.– Ley de la jurisdicción contencioso–administrativa.

LO.– Ley Orgánica.

LOPJ.– Ley Orgánica del Poder Judicial.

LPAPAD.– Ley de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a la Dependencia.

LPH.– Ley de Propiedad Horizontal.

LRJAP–PAC.– Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común.

OCDE.– Organización de Cooperación y Desarrollo Europeo.

OM.– Orden Ministerial.

OMS.– Organización Mundial de la Salud.

ONCE.– Organización Nacional de Ciegos de España.

ONU.– Organización de Naciones Unidas.

RD.– Real Decreto.

RDL.– Real Decreto Ley.

SAS.– Servicio Andaluz de Salud.

SAP.– Sentencia de Audiencia Provincial.

STC.– Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS.– Sentencia del Tribunal Supremo.

TC.– Tribunal Constitucional.

TCA.– Tribunal Contencioso-Administrativo.

TSJ.– Tribunal Superior de Justicia.

UE.– Unión Europea.

VVAA.– Varios Autores.

⁵ Derogado por el Real Decreto 1/2013 de 29–11 que la refunde con otras leyes.

III. CONTENIDO

A.- LA EVOLUCIÓN DEL MODELO DE DISCAPACIDAD

1.- LA INCAPACITACIÓN COMO CAPACITACIÓN.
APORTES A UN NUEVO MODELO LEGAL DE LA DISCAPACIDAD.

III.- CONTENIDO

A.- LA EVOLUCIÓN DEL MODELO DE DISCAPACIDAD

I.- LA INCAPACITACIÓN COMO CAPACITACIÓN. APORTES A UN NUEVO MODELO LEGAL DE LA DISCAPACIDAD.

I.- El derecho ante la discapacidad: del enfermo «objeto» a la persona con discapacidad como sujeto del derecho.

Históricamente, el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas especialmente necesitadas de forma muy precaria (solo a través del derecho a alimentos y del instituto de la incapacidad) sin preocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares.

Esta actitud tiene que cambiar, necesariamente, tras la promulgación de la Constitución de 1978 que proclama e impulsa dos principios de gran interés en esta materia:

- 1.- La configuración de un Estado que se proclama social y que se presenta como proveedor de bienestar y servicios a los ciudadanos (artículo 1-1º CE).
- 2.- La encomienda a los Poderes Públicos de la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de todos los individuos sean reales y efectivas (artículo 9-2º CE), especialmente en relación con los colectivos más vulnerables (artículos 49 y 50 del mismo cuerpo legal).

En nuestro país, más de 3.500.000 personas se encuentran afectadas por una deficiencia, lo que supone un 9% de la población total. Junto a esta magnitud cuantitativa, debe resaltarse que las condiciones vitales de estas personas no han sido nada alentadoras, y representan sin duda el resultado de una historia de persecución, exclusión, y menosprecio a la que las personas con discapacidad se vieron sometidas desde tiempos muy lejanos. Gracias a Dios, en la actualidad, las personas con discapacidad están contribuyendo a un cambio radical en esta situación.

Dos son los paradigmas teóricos con los que nos podemos enfrentar al fenómeno de la discapacidad:

Por un lado, se encuentra el llamado **modelo médico** que considera la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual.

En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacidad y la tutela, si bien dirigidas estas más a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo.

El segundo modelo, hoy dominante, es el llamado **modelo social**. Para él no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Surge como consecuencia de la iniciativa de las propias personas con discapacidad. Así se pone la atención en el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que discriminan a las personas con deficiencias. Encuadrados dentro del movimiento por los derechos civiles, dio lugar al denominado movimiento de vida independiente cuya filosofía está inspirando, de forma importante, muchas de las nuevas leyes sobre discapacidad.

El modelo social considera a la discapacidad como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, el problema –que es más una cuestión ideológica que biológica– requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. Partiendo de la dignidad intrínseca del ser humano, sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona para trasladarlo a la sociedad. Con ello, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos.

El discapacitado es una persona con derechos, y debe facilitarse su derecho a integrarse plenamente en la sociedad, tanto como puedan, incluyendo la facultad de administrar su propia vida y patrimonio en tanto sea posible. Esto ha sido reconocido por multitud de documentos internacionales como la llamada Declaración de los Derechos del Retrasado Mental proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1971, cuyos ejes principales en la materia son:

- 1º.– El deficiente o enfermo mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos, buscándose desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil. Si algunos no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al enfermo o deficiente contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos cualificados.
- 2º.– No podrá darse discriminación por motivo de enfermedad o deficiencia mental. Se entiende por discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas discriminación.

Partiendo de esta filosofía y de estos principios vamos nosotros a acercarnos a las novedades jurídicas y a las posibilidades que el derecho tiene para participar en esta maravillosa aventura de, abandonando antiguos prejuicios, capacitar la discapacidad.

II.– La incapacitación es un mecanismo de protección de las personas con discapacidad.

La evolución ideológica que antes hemos contemplado ha influido también en el abandono de un concepto de incapacitación como «muerte civil» del discapaz dirigido a proteger los bienes de la familia y no su propia persona, a otro que busca la integración, total y completa, de este en la sociedad.

En el mundo de la discapacidad –sea esta física, sensorial o psíquica– se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte. La institución jurídica de la incapacitación y el ejercicio de los mecanismos de protección derivados de la misma son la aportación jurídica a la supresión de barreras. Son, una y otros, la prótesis que nos va a permitir andar cuando hemos perdido una pierna. La incapacitación no es una forma de controlar, como invisibles correas o rejas, al discapaz. Es una forma de protegerlo y de permitirle intervenir en la vida jurídica como si no existiera la discapacidad a través de sus tutores, curadores o padres. Se trata de ayudar al discapaz de la forma más conveniente y útil para que como persona pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. La incapacitación es la llave que abre las cadenas, la prótesis o la muleta que nos permite andar, la ayuda que necesitamos para proteger a nuestro familiar. Por ello, se ha dicho que el procedimiento de incapacidad es la primera institución social de derecho privado y una de las más importantes manifestaciones del Estado social de Derecho y, por eso, se habla de la incapacitación como capacitación.

El principio general de la capacidad de las personas hace que la actual regulación de la incapacidad establezca una importante flexibilidad destinada a modular el grado de limitación de la capacidad de la persona

aquejada de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma, estableciendo distintas formas de guarda para cada una de las distintas situaciones que pueden darse.

Hay que destacar que la incapacidad es algo más que un diagnóstico. La enfermedad, como punto de partida, debe provocar una sintomatología suficiente para producir unos efectos que impidan el autogobierno de la persona, la capacidad de autocuidado de su persona y de sus bienes, y la defensa de sus propios intereses. El resto de los fenómenos psicopatológicos por raros y extravagantes que parezcan carecen de trascendencia a efectos civiles. La capacidad de autogobierno supone que uno sea potencialmente capaz de conseguir medios de subsistencia, así como administrar sus bienes y patrimonio de acuerdo con sus intereses, sin perjudicarlos por algún déficit de personalidad.

De acuerdo con lo dicho, habrá que estar, no al diagnóstico, sino a los efectos que la enfermedad origina y las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. Siguiendo a Fernando Santos Urbaneja, para decidir si una persona debe ser incapacitada debe determinarse que necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer más de lo que puede habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del art. 200 CC. Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en un centro, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la residencia, quedándole solo unas pesetillas para pequeños gastos. En estos casos, la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no esté ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas).

Como punto de partida, debemos tener en cuenta como ideas básicas y orientadoras las siguientes:

- Que la incapacitación supone una limitación de la independencia de las personas, debiendo, por ello, ser excepcional, dándose solo cuando sea necesaria para el bien del individuo discapaz, y no por cualquier otra circunstancia o interés, limitándola a las personas que, verdaderamente, necesiten dicho mecanismo protector.
- La tutela debe procurar el incremento de la capacidad de obrar del sometido a ella, con el fin de igualarla al resto de los ciudadanos, y no suponer simplemente una limitación de sus derechos.
- Debe procurarse la revisión periódica de la conveniencia de mantener o de modificar la declaración de incapacidad, admitiendo la posibilidad de mejora y desarrollo de estas personas.
- La incapacitación no es un fin en sí misma, sino un medio de protección para determinadas personas.
- La incapacitación no sirve para lograr el internamiento en un centro, ni para que la administración se haga cargo del enfermo. Tampoco sirve para obligar a una persona a someterse a un tratamiento médico, ni conseguir de ella cualquier otra concesión. Ni supone, necesariamente, la concesión de una ayuda asistencial. Si bien, estos aspectos pueden tener relación entre sí, son independientes y la concesión de uno no supone la concesión automática del otro, sino que deberán realizarse procedimientos independientes y basados en criterios diferentes.

III.– Evolución de los mecanismos jurídicos de protección de la discapacidad.

La protección jurídica de las personas desvalidas han seguido, a lo largo de la historia, varios modelos, según iba cambiando la filosofía de la sociedad ante la discapacidad. Siguiendo la clasificación de Santos Urbaneja, podemos realizar los siguientes grupos:

1º.– Modelo de tutela de familia.

Según este modelo tradicional, tanto el ejercicio de las funciones tutelares como su control se encomendaba a los parientes más próximos, mientras que los Poderes Públicos cumplían una función residual y subsidiaria. Este es el modelo que acogió nuestro Código Civil y que estuvo vigente hasta la reforma del año 1983.

En este año los cambios sociales hacían aconsejable un cambio en el sistema. La dispersión geográfica de la familia que dificultaba el control familiar, el aumento de las familias con patrimonio extendiéndose con-

siderablemente el número de personas discapacitadas titulares, generalmente por herencia y en condominio, de bienes inmuebles y la promulgación de la Constitución de 1978, que traía una nueva concepción de los derechos de las personas y de los discapacitados, provocó un planteamiento nuevo.

2º.- Modelo de tutela autoridad.

En el año 1983 la Ley de 24 de Octubre modifica ampliamente el Código Civil en materia de incapacitación y tutela. Esta ley abandona el modelo de familia y opta por el modelo de autoridad, encomendando a esta no el ejercicio de la tutela, sino el control de la misma que pasa al Juez y al Fiscal. Tras más de veinte años la reforma de la tutela, que supuso, en su momento un paso importante, hoy se encuentra también obsoleta por los siguientes motivos:

- a) La Administración de Justicia no estaba en condiciones de asumir esta función por lo que el modelo estaba condenado desde sus inicios. A pesar del esfuerzo de Jueces y Fiscales el control ha sido más formal que real.

La falta de Juzgados Especializados y dotados con personal auxiliar (Censores de Cuentas, Trabajadores Sociales, Médicos Forenses, etc...) que permitiesen establecer un control cabal y efectivo ha lastrado la labor de control. Hoy el Consejo General del Poder Judicial esta haciendo un esfuerzo para llevar a cabo esta especialización de Juzgados, pero esto va lento y hay muchos partidos en que esta especialización no se da con los importantes problemas que ello comporta. Se han creado Juzgados de lo Mercantil en todas las provincias, Juzgados de Violencia contra la Mujer en todos los partidos, pero carecemos de Juzgados de Familia y/o capacidad de las personas en la mayor parte de los partidos judiciales del país, incluso en la mayoría de las capitales de provincia⁶.

En estos años la sociedad ha continuado cambiando a marchas agigantadas. Los cambios en el sistema de valores, con una menor solidaridad familiar, las nuevas necesidades que la sociedad de consumo plantea, hacen que la clásica tutela ejercida por un familiar al estilo tradicional, con control de la autoridad, tenga cada vez una menor incidencia, optándose por otras formas de protección – tutela profesional o por personas jurídicas– a las que se les aplica la misma regulación que a la tutela individual familiar, debiéndose adaptarse aquellos al modelo de este lo que no es demasiado operativo.

A todo esto se ha unido el que han comenzado las dificultades para encontrar, entre los familiares una persona dispuesta a aceptar la tutela del hermano, del tío o sobrino discapacitado. A veces la familia no existe. Por ello ha sido precisa la creación de Fundaciones Tutelares o el reconocimiento de la tutela legal de las entidades públicas en la nueva redacción del artículo 239–3º CC para cubrir esta laguna.

Esto ha provocado la existencia de importantes voces críticas que apuestan bien por la flexibilización del actual sistema de tutela de autoridad, otros pidiendo la vuelta al sistema de tutela de familia y otros, por último, defendiendo la configuración de un sistema mixto, grupo en el que nos encontramos. Así Leña Fernández⁷, critica el que el sistema de tutela de autoridad, fuertemente judicializado, carece de tradición en nuestro Derecho. Afirma, a nuestro entender acertadamente, que la intervención judicial en la familia debe estar limitada a conflictos e incumplimientos de deberes. Para este autor el sistema de tutela judicial no ha servido para solucionar los problemas que presentaba la tutela de familia, ha hecho el sistema más lento y costoso, sin lograr una mayor protección de las personas con discapacidad. Asimismo, ha alejado el órgano de control de la persona del tutelado, encareciendo la tutela. Partiendo de la defensa de un sistema mixto, entendía este autor que, a través de la tutela testamentaria, podrían establecerse modelos de tutela familiar, ya que los órganos de control establecidos por el padre «vincularan al juez» a no ser que el interés del incapaz exija otra cosa, tal como dispone el art. 224 CC. Se entiende que los artículos 223 y 224 de este cuerpo legal, demuestran que solo se ha establecido la tutela de autoridad para los casos en que los padres no se hayan manifestado de otro modo. La fiscalización judicial es más fría y conoce menos que los familiares las necesidades personales y económicas del incapaz. Hay que destacar, que el Código de Familia Catalán se decanta por el sistema de tutela familiar, tras experimentar

⁶ Solo hay Juzgados de incapacidades, tutelas e internamientos en Málaga, Zaragoza, Barcelona (2), Valencia, Madrid (3), y San Sebastián. Secciones de la Audiencia Provincial especializadas se han creado desde dicha fecha en Vizcaya, Burgos, Cantabria, Palma de Mallorca, Madrid (2), Almería, Granada, Barcelona, Valladolid, Zaragoza, Tarragona, Las Palmas de Gran Canaria y Sta. Cruz de Tenerife. Con especialización conjunta Familia/Incapacidades hay en Granada, Sevilla (4), Gijón (2), Palma de Mallorca (3), Santa Cruz de Tenerife, Albacete, Valladolid (3), Tarrasa, Tarragona, Badajoz, La Coruña (2), Vigo (2), Cartagena, Murcia (2), Pamplona, Vitoria, Bilbao y Jaén.

⁷ *El notario y la protección del discapacitado*, Colegios Notariales de España, Madrid 1997, págs. 172 y ss.

el de autoridad. En la regulación de esta comunidad autónoma se establecen dos modelos de protección: uno familiar o de tutela voluntaria (artículos 172 a 177 y 239-1º) y otro de autoridad o tutela dativa, pero este solo para el caso de que no se haya dado la delación tutelar voluntaria. El artículo 212 CFC establece en los casos de tutela voluntaria o familiar que pueda sustituirse la necesidad de autorización judicial para la realización de ciertos actos por la autorización del Consejo de Familia cuando se haya previsto expresamente este órgano.

Sigue, por ello, el CFC el sistema mixto que estamos propugnando. Pero es que este sistema mixto se ha trasladado en gran parte al CC con la ley 41/2003 de protección de la persona con discapacidad como podemos ver en la redacción del nuevo artículo 223 CC. Expone este:

«Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado».

Así creemos que este precepto da a los padres y ascendientes y al mismo discapaz la facultad de diseñar el sistema tutelar que quiere para su descendiente o para el mismo a la medida de sus necesidades y circunstancias, todo ello bajo la vigilancia del Juez y del Fiscal para los casos de conflicto o mal ejercicio de la tutela. Solo en el caso de que el régimen tutelar no se haya diseñado por los padres, ascendientes o discapaz entrara en funcionamiento el régimen legal. En aplicación de este artículo se puede diseñar un sistema tutelar mas flexible que el que la ley configura. Debemos tener en cuenta aquí también el régimen del patrimonio protegido del discapacitado que establece la ley 41/2003.

3º.- Un nuevo modelo: la autotutela.

Lo dicho en el apartado anterior nos sirve también como punto de partida de este nuevo modelo de tutela íntimamente relacionado con el modelo social de la discapacidad que hemos contemplado con anterioridad.

Su nacimiento obedece a varias razones:

- a) El Estado de Bienestar va dando evidentes muestras de agotamiento por lo que la sociedad civil debe participar en la respuesta al problema de la discapacidad que como hemos visto, es un problema social no personal.
- b) El impulso del modelo social nos lleva a residenciar las decisiones en quien debe decidir, no la familia, no el Estado, sino el propio afectado. Los principios de libertad, autonomía y dignidad de la persona aparecen. Se concibe a la persona con discapacidad como titular y sujeto de unos derechos y no como objeto de los derechos de sus familiares o de la sociedad. Surgen así, las nuevas instituciones como los poderes preventivos, la autoincapacitación y la autotutela, el consentimiento informado y las voluntades anticipadas, etc.
- c) Se busca facilitar la vida independiente y plena de las personas con discapacidad, como ciudadanos en un nivel de igualdad con el resto de la población para lo que se le compensa las deficiencias que tiene con ayudas, medidas jurídicas y sociales y discriminación positiva.

Esto se está haciendo a través de tres leyes. Por un lado, la 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Por otro, a través de la Ley de Protección de la autonomía personal y atención a las personas con discapacidad que se encuentra tramitándose en el Senado cuando escribimos estas líneas.

Profundizar en estas leyes sería muy largo y escaparía de las posibilidades de tiempo de este trabajo. Por ello, nos limitaremos a indicar que las mismas establecen instituciones de protección por las que, aquel que en el futuro pueda ser incapaz, regule su vida jurídica (poderes preventivos, autoincapacitación y autotutela), aumentan la responsabilidad al respecto de las entidades públicas en la protección de los discapaces (tutela legal de la Administración en determinados casos), regulan un patrimonio especial protegido civil y fiscalmente

para el mantenimiento vital del discapaz y establecen mecanismos que facilitan la supresión de barreras de todo tipo, junto con otras medidas de carácter económico y social que garanticen la vida independiente de las personas con discapacidad fomentando al máximo su autonomía. Se establecen conceptos nuevos como el de «*capacidad suficiente*» que puede permitir una mayor participación del discapaz en el diseño de su propia vida y se aumenta (aún más) la intervención del Ministerio Fiscal en la protección de las personas discapacitadas, lo que carecerá de verdadera efectividad si no se acompaña de una aumento de medios personales y materiales de dicha institución que permita una especialización y dedicación que, hoy por hoy, es completamente imposible.

IV.– El nuevo concepto de la capacidad de obrar suficiente y el problema de los actos personalísimos del discapaz.

En el campo del nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad, es importante destacar el nuevo concepto de capacidad de obrar suficiente que entendemos distinto del de capacidad de obrar plena lo que provoca importantes consecuencias jurídicas y que, sin ser novedoso, ha sido potenciado con la Ley 41/2003 de protección patrimonial de la persona con discapacidad. Este concepto es recogido, asimismo, en el artículo 4–2º f) del proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para establecer el derecho del discapaz a decidir sobre la tutela de su persona y bienes para el caso de la pérdida de autogobierno⁸.

La introducción de esta expresión puede dar lugar a graves problemas prácticos, pero también puede ser un interesante instrumento de integración. La ley distingue entre discapacitados con «*capacidad de obrar suficiente*» y los que carecen de ella por lo que debemos preguntarnos que podemos entender como capacidad de obrar suficiente.

No nos encontramos ante un concepto enteramente nuevo. En realidad, nuestro Código Civil tiene referencias a dicha capacidad en diversas ocasiones. Así se refiere a ella en diversos artículos (92, 162, 155, 156, 177, 231, 237 y 248), siempre para permitir a un menor o incapaz expresar una opinión, aunque sólo de forma no vinculante, con la excepción del supuesto del 162, en que concede al mismo auténtica capacidad decisoria para los casos de aceptación por el menor de prestaciones personales. No obstante, en la actualidad debemos darle una interpretación más amplia, acorde con la mayor capacidad posible y con la búsqueda de la mayor integración del discapaz, principio básico en materia de discapacidad.

Estos principios exigen, en primer lugar, que el discapacitado sea oído en la toma de las decisiones que le afecten, y, creemos que también, el que su voluntad sea operativa, en todo lo relacionado con la constitución y gestión del patrimonio protegido, cuando su nivel de entendimiento y comprensión de la existencia y funcionamiento de tal patrimonio sea «*suficiente*». Nos encontraríamos ante una cuestión de hecho, debiendo tenerse en cuenta la composición y cuantía del patrimonio y no sólo la capacidad propia, individual y aislada del sujeto, sino la resultante de la ayuda, explicación y complemento que le puedan prestar las personas de su entorno, e incluso el encontrarse esta sometida a un régimen especial de protección como pudiera ser la curatela.

Ya que el patrimonio protegido debe constituirse en escritura pública, serán los Notarios los que deberán valorar *ab initio* dicha capacidad. El notario, que está obligado a respetar la regla general de presunción de capacidad de toda persona que no haya sido judicialmente incapacitada, deberá apreciar, según su leal saber y entender, si el beneficiario tiene o no, en ese momento, la capacidad suficiente, sin que sea correcto exigir una capacidad plena. Para ello deberá oír personalmente al beneficiario, comprobar los datos relativos a las declaraciones administrativas de minusvalía si es que existen, e incluso solicitar la opinión de técnicos, de modo análogo a lo dispuesto en el artículo 665 CC (respecto al testamento otorgado por el judicialmente incapacitado). Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad del control posterior a través de las pertinentes acciones de nulidad por falta de capacidad, lo que podrá hacer el Ministerio Fiscal o cualquier otra persona con interés legítimo. Otra fórmula para llevar esto a cabo puede ser valorar dicha capacidad suficiente por el Notario o por el Juez ante el que se constituye el patrimonio por la oposición de los padres o tutores. Para esta revisión judicial podrá el mismo discapacitado acudir al Fiscal, de acuerdo con el artículo 3–2–2º LPAPAD, para provocar la constitución judicial ante la negativa del Notario de considerar la existencia de capacidad suficiente. Digamos que, en los procedimientos ordinarios de nulidad *a posteriori* antes indicados, deberá intervenir el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 3–7º EOMF y 8–2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si existe discrepancia entre el discapaz y sus representantes y en tanto se le nombre un defensor judicial que lo represente.

⁸ Uno de los principales aspectos de esta ley es la posibilidad que se establece para reclamar administrativa y jurisdiccionalmente los derechos derivados de la misma (artículo 4–2º j).

Marín Calero destaca la singular importancia de este concepto y como el mismo debe suponer que los agentes jurídicos deben acostumbrarse a dar cauce al derecho constitucional de los discapacitados a integrarse tan plenamente como sea posible en la vida social y que no puede considerarse que el discapacitado psíquico con capacidad suficiente tenga prohibido por la Ley el acceso a la administración de su patrimonio protegido. Se trataría de trasladar al mundo jurídico los principios de integración, habituales ya en los mundos laboral y de la enseñanza.

Es importante poner en relación este concepto de capacidad suficiente con las nuevas tendencias que se dan en el campo de los actos personalísimos de las personas discapacitadas.

Como sabemos, en el mundo del derecho, se ha distinguido tradicionalmente entre los actos personales, en los que cabría la representación de un tercero o tutor, y los llamados actos personalísimos que, por afectar a elementos esenciales de la persona, solo pueden ser realizados por aquella persona a la que afecta.

En el caso de los discapacitados declarados judicialmente incapaces esta distinción no deja de tener importancia, ya que en los actos personalísimos no basta con la intervención del tutor, sino que la intervención del pupilo resulta fundamental para la validez del acto jurídico de que se trate. El problema surge porque nos encontramos ante personas de capacidad limitada y ello nos lleva a preguntarnos si será posible para ellos el acceder a los efectos jurídicos derivados de estos negocios jurídicos de carácter personalísimo. Si el incapacitado carece de la capacidad suficiente para llevar a cabo el acto, al no poder hacerlo su tutor, serán de imposible realización.

Hemos dicho que los actos personalísimos pueden ser realizados por el incapaz, sin que, en principio, pueda hacerlo por ellos su tutor. Los mismos se encuentran reflejados expresamente en la ley y solo se excluyen de forma absoluta de la capacidad del discapacitado si la sentencia de incapacitación, de forma expresa, los excluye.

Los actos personalísimos que podemos señalar son:

- **El matrimonio.**– El Código Civil en su artículo 56 establece los mecanismos para acreditar que el incapaz, a pesar de la sentencia de incapacitación, tiene capacidad natural suficiente para entender lo que supone el matrimonio y poder decidir sobre su celebración o no. Si la capacidad natural existe, el discapaz contraerá matrimonio por su propia voluntad, en caso contrario no podrá hacerlo.
- **El reconocimiento de un hijo extramatrimonial.**– Según prevé el artículo 121 del Código Civil, lo podrá hacer solo el incapaz, si bien precisa de aprobación judicial. Será a través de esta aprobación judicial en la que se comprobará la existencia de capacidad natural para el reconocimiento y la mínima verosimilitud del mismo.
- **Testamentifacción activa.**– El testamento es claramente un acto de carácter personalísimo. Ello hace que el artículo 665 del Código Civil permita hacerlo al discapaz que no haya sido privado de dicho derecho por la sentencia de incapacitación, y que conserve capacidad natural para hacerlo lo que se comprueba por el sistema establecido en dicho artículo. Solo podrá hacer testamento, este o no incapacitado, si reúne dicha capacidad natural.
- **Contratación.**– El artículo 625 del Código Civil permite que pueda aceptarse una donación con la mera capacidad natural.
- **Contratación laboral.**– En cuanto a la actividad laboral del discapacitado, la posibilidad de intervenir en la sociedad de un modo activo y útil es, sin duda, la mejor terapia de normalización y de integración social. Tras la promulgación de la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI^{9*}), 13/1982, esto es posible. Pero el contrato laboral tiene un carácter personalísimo, que el tutor no puede realizar. Mas el incapaz, al igual que el menor, puede tener algún grado de discernimiento y, por ello, puede firmar su propio contrato, independientemente de lo que disponga la sentencia de incapacitación, ya que la existencia de esa capacidad es una cuestión de hecho. Si existió vicio del consentimiento, el contrato sería anulable a petición del incapaz o de su tutor, pero nunca del que contrato con él (Art. 1302 CC).
- **Separación conyugal.**– Lo discutible del mismo hace que se halla planteado ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional con soluciones diferentes en cada uno de ellos.

^{9*} Esta ley ha sido derogada por el RDL 1/2013 de 29 de noviembre que la refunde con la LIONDAU y su ley de infracciones.

- Otros.— Con menor trascendencia podemos incluir aquí el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, el derecho de uso y habitación, la libertad, y la integridad física, por ejemplo.

El principal problema que plantean estos actos es la imposibilidad de realización que supone la falta de capacidad natural del pupilo para su realización. Por ello, un importante sector doctrinal ha defendido que del artículo 267 del Código Civil no se desprende el que la intención del legislador fuera privar al discapaz de sus derechos, sino todo lo contrario, por lo que el mismo amplía el campo de legitimación de los tutores para actuar en interés del tutelado. Y esto porque la tutela está pensada para la protección del incapacitado y no para limitar sus derechos. Impedir de forma indiscriminada el ejercicio de las acciones de carácter personalísimo por el tutor sería una solución poco práctica para la protección del incapacitado y, por ello, injusta. Como ha dicho algún autor no existe ninguna limitación expresa para que el tutor pueda ejercitar estos derechos en el nombre del tutelado y su privación supone una falta de igualdad impropia de un Estado de Derecho, ya que atribuir el ejercicio de estos derechos tan solo al titular de los mismos, conduce a la privación definitiva de estos derechos fundamentales al incapacitado, transformando la incapacitación en una verdadera «muerte civil».

En realidad, el Código lo que hace es declarar, no que solo el pupilo pueda ejercer estos derechos, sino que el pupilo podrá realizarlos directamente si posee capacidad natural, grado de discernimiento y madurez, suficiente para realizarlos por sí solo. Solo, de esta forma, la incapacitación adquiere su verdadera naturaleza jurídica como medio de igualar social y jurídicamente al discapaz con el capaz, de complemento de derechos más que de limitación de los mismos.

Últimamente los Tribunales han tenido ocasión de manifestarse en un caso de estas características que nos parece interesante comentar. Su exposición nos servirá, asimismo, para observar las dos concepciones enfrentadas y cuál de ellas es la que responde a nuestro ordenamiento constitucional. Podremos observar también cuál es la verdadera naturaleza de los mecanismos jurídicos de protección de los discapacitados, pudiendo así acabar con concepciones atávicas que llegan a perjudicar a quienes queremos beneficiar.

a.— El caso.—

Se trataba de un supuesto en el que una mujer casada, a los tres años separada de hecho mediante escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que el esposo se obliga a abandonar el domicilio y en la que se reconoce lo difícil e insostenible de la convivencia, sufre un accidente de circulación que le produce un traumatismo craneo—encefálico que le priva absolutamente de todo juicio y razón, con un sustanciosa pensión de jubilación de funcionaria e importante patrimonio. Del matrimonio había nacido un hijo y, con la intención de que el padre se relacionase con él, la madre cede a su esposo una llave del domicilio que frecuenta de forma esporádica e incluso se empadrona en el mismo. El matrimonio había transcurrido desde sus inicios por graves desavenencias provocadas por la actitud que frente a los deberes matrimoniales había mantenido el esposo que en la fecha del accidente de la esposa convivía extramatrimonialmente con otra señora y había tenido un hijo extramatrimonial de otra relación anterior. Tras ser incapacitada y, precisamente por las desavenencias con el esposo, se nombra tutora a su madre.

Al darse problemas de carácter patrimonial entre la tutora, en representación de su hija, y el marido de esta, que se despreocupaba totalmente de ella, la tutora solicitó del Juzgado de Primera Instancia autorización para iniciar acciones de separación y divorcio y medidas provisionales. Mediante auto, con la aprobación del Ministerio Fiscal, se autorizó a presentar demanda de separación y divorcio en nombre de la pupila, auto que fue confirmado por la Audiencia argumentando, con base en el principio de igualdad y de protección de los disminuidos, que pese a la calificación de personalísimas de las acciones de separación matrimonial y divorcio no puede ser entendida en términos tan absolutos, dada la generalidad con que aparece formulado el texto del art. 267 CC. De este precepto, se desprende que la mayor o menor extensión de esas facultades representativas, está directamente relacionada con el mayor o menor grado de capacidad y discernimiento que conserve la persona que es objeto de tutela, debiendo extenderse a todos aquellos actos que el incapaz no pueda desarrollar por sí mismo, tanto en la esfera patrimonial como en la personal, entre los que debe incluirse el ejercicio de esas acciones matrimoniales y que la tutelada carecía del raciocinio necesario para tomar una decisión.

La tutora presentó demanda de separación matrimonial en representación de la incapaz con medidas provisionales en las que se reclamaba el abandono del domicilio del esposo con la entrega de las llaves del mismo. El Juzgado dictó auto en las Medidas Provisionales y sentencia en la separación con un espacio de tiempo entre ambas, denegando la legitimación de la tutora por entender que se trata de un acto personalísimo en el

que no cabe sustituir al incapaz. Esta resolución fue también confirmada por la Audiencia ya que «no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y obra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes». Contra estas resoluciones se presentó recurso de amparo ante el Tribunal y por el Ministerio Fiscal, ante la contradicción de ambas Salas de la Audiencia, Recurso en Interés de Ley ante el Tribunal Supremo.

b.– La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1999.

Siguiendo la línea más restrictiva deniega la posibilidad de accionar por parte del tutor ya que nos encontramos ante un acto de carácter personalísimo que solo podría ser realizado directamente por el incapaz.

Surge como consecuencia de un recurso en interés de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal. Tras establecer que la representación del tutor se encuentra limitada a los actos que el pupilo no pueda realizar por si solo, establece que la condición de actos personalísimos de las acciones de separación y divorcio hace que solo puedan ser consecuencia de un acto de voluntad de los cónyuges a los que la ley les reconoce legitimación para ello. Añade que ello no supone un acto de desigualdad, ya que el tratamiento diferenciado no es arbitrario al estar suficientemente justificado. Por todo ello, rechaza el recurso interpuesto por el Ministerio Público.

Esta sentencia ha sido criticada por un importante sector doctrinal. Y ello porque suponía dejar al incapacitado a merced del cónyuge que si podría instar la separación o el divorcio cuando considerara conveniente, lo que provoca una clara situación de dependencia y suponía, como ya hemos visto, un ataque al principio de igualdad y a la tutela judicial efectiva.

c.– La sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000 de 18 de diciembre.

Como consecuencia del recurso de amparo interpuesto por la tutora de la incapacitada el Tribunal Constitucional ha resuelto con una postura contraria a la vista del Tribunal Supremo.

Nuestro máximo intérprete constitucional se sitúa en la línea doctrinal mas aperturista con la posibilidad de legitimación de los tutores para instar la separación matrimonial y el divorcio. De forma, sin duda acertada, considera conculcados los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva al indicar que

«(...) puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitrario o irrazonable (por todas, STC 35/ 1999, de 22 de marzo) (...). Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (...), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (...).»

Añadiendo

«Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada. En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado».

También considera el TC que se conculca el derecho a la igualdad al exponer que

«(...) el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza (...)».

Por todo ello, el Tribunal Constitucional anula las sentencias impugnadas permitiendo a la tutora la acción en nombre de la pupila.

La importancia de la sentencia comentada se encuentra en la consolidación de la idea que, sobre la finalidad de los procedimientos legales de incapacidad, ha estado defendiendo un importante sector doctrinal en convergencia con las asociaciones de afectados y de familiares de estos.

La incapacitación jurídica va dirigida a facilitar la actuación del incapaz en el mundo jurídico de la misma forma y con las mismas garantías que si estuviera en condiciones de actuar con total capacidad. No es una forma de limitar o de disminuir más las posibilidades de actuación de los discapacitados, sino de igualar las mismas a las de las demás personas.

El Derecho, y así lo demuestra la problemática comentada, es también un arma para recuperar para los discapacitados la dignidad que nunca debieron ver cuestionada.

V.– Una mejor utilización de la guarda de hecho.

La guarda de hecho es uno de los mecanismos para la protección de los discapaces mas empleados en la sociedad. Tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social. La extensión de la misma está provocada por la desconfianza hacia las formalidades legales, el desconocimiento social y el temor a las costas del procedimiento por parte de los ciudadanos que conviven con una persona incapaz. Es, además, el medio de protección de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Esta importante trascendencia social no va acompañada por una regulación suficientemente amplia que le permita la utilización de todo su potencial como tal mecanismo protector lo que provoca la mayor parte de sus problemas.

Así, su parca regulación hace que se mantenga un rechazo por parte de los profesionales jurídicos en lo que se refiere a su utilización como medio de llevar a cabo actos con trascendencia en el tráfico jurídico, por lo que es precisa una regulación mas completa y acabada. Es necesario que el legislador se plantee una regulación mas precisa en la línea de la utilidad y del respeto a la seguridad jurídica.

Podemos definir la guarda de hecho en función de dos rasgos básicos, uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico. Así, el guardador de hecho será aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma. Nosotros, dentro de las posturas existentes para la configuración de la guarda de hecho nos decantamos por una postura amplia que incluya, junto a los casos de incapacitados sin tutor o en que este haga dejación de sus funciones realizándolas un tercero, los casos de incapaces naturales que se encuentren atendidos por un familiar o allegado. Toda guarda continuada que no se constituya como tutela, patria potestad o curatela, puede englobarse bajo la rúbrica de guarda de hecho. Esto es así, fundamentalmente, porque el incapaz encuentra una mejor protección con este planteamiento.

A pesar de lo que pudiera pensarse observando la regulación del Código Civil, no estamos ante una institución no querida por el derecho. Al contrario, si algo se constata al acercarnos a ella, es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver las cuestiones que constantemente se presentan. La misma se configura como una cláusula de cierre de los distintos mecanismos de protección, no debiendo exigirse que el proceso desemboque, para darle validez, en la efectiva declaración judicial de incapacitación.

La existencia de un reconocimiento legal de la misma, hace que, una vez constatada y controlada por la autoridad judicial, sea una «*guarda informal o provisional*» pero ya auténticamente de derecho, no siendo correcto hablar ya de guarda de hecho puesto que cuenta con idéntico respaldo legal que el resto de las figuras protectoras.

A pesar de que la ley parece constituir la como una situación de carácter provisional, hay muchos casos en que, por diferentes motivos, la guarda de hecho se mantiene durante un dilatado periodo de tiempo, incluso tras llegar a ser conocida por el Juez o el Fiscal. El interés del incapaz, principio fundamental en esta materia, puede hacer que el juez entienda que lo mejor es que continúe la guarda de hecho hasta que quede constituida la tutela regular. El Juez podrá poner en marcha el mecanismo de constitución de la tutela, siempre que esto sea más beneficioso para el incapaz, pero podrá mantener la guarda de hecho por el tiempo que considere conveniente sin tener que intervenir para extinguirla necesariamente, estableciendo sobre ella los adecuados mecanismos de control. La guarda de hecho, especialmente en el caso de personas de edad avanzada, tiende muchas veces a ser duradera porque puede ser imposible el instar la incapacitación por falta de tiempo.

El principal obstáculo al que se enfrenta la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación en el mismo de su existencia. Esto dificulta su efectividad, crea una importante inseguridad jurídica, y provoca en los guardadores una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico. La intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico normalizado, aquel que se hace a través de instrumentos públicos y con inscripción registral, se encuentra fuertemente restringida creando de hecho una imposibilidad de actuación negocial del discapacitado no incapacitado judicialmente, lo que deja sin pleno contenido al artículo 304 CC.

Creemos que debe superarse esta inercia aclarando la regulación legal de la guarda de hecho, estableciendo sus formas de constatación (jurisdicción voluntaria, acta notarial de notoriedad, constatación administrativa, etc.) y aclarando las facultades del guardador de hecho, así como sus mecanismos de control. Solo así, siempre que no encorsetemos su actuación de forma ilógica y desmesurada, la guarda de hecho obtendrá toda su efectividad protectora.

VI.- La implicación de las entidades públicas en la tutela de las personas desamparadas.

Es necesario tener en cuenta también aquí que el artículo 9 de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad 41/2003 de 18 de noviembre añade un tercer párrafo al artículo 239 CC del siguiente tenor:

«La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Este nuevo precepto puede verse limitado por el hecho de que no en todas las comunidades existen entidades públicas que tengan encomendada la tutela de los incapaces. Salvo que se entienda esa finalidad en sentido muy amplio, pocas entidades existen creadas con esa finalidad específica. A falta de estas entidades específicas y, como ya establecía la Consulta de la FGE 2/1998 de 3 de abril sobre la asunción de la tutela por personas jurídicas públicas corresponderá el nombramiento de tutor cuando se trate de una Administración entre cuyas competencias se encuentren las de tipo asistencial para este tipo de colectivos. En cuanto a las personas jurídico-públicas, los Ayuntamientos tienen competencia en materia de prestación de servicios sociales (artículo 25-2º k de la Ley de Bases de Régimen Local), siendo el ejercicio de esta competencia obligatoria en los que tengan una población superior a 20000 habitantes (artículo 26-1º c LBRL), correspondiendo, en otro caso, a las Diputaciones Provinciales (artículo 37 de la misma ley y 5 de la Ley 12/1983 de 14 de Octubre, reguladora del proceso autonómico). En otro caso la competencia es de las Diputaciones Provinciales. También pueden crearse personas jurídico-públicas de carácter específico. El principal problema que presentan estas se encuentra en el obstáculo que supone el Derecho administrativo, que lo hace incompatible con las exigencias de rapidez y flexibilidad, que reclama el ejercicio de las funciones tutelares. Debemos destacar que el artículo 148-1º-20 de nuestra Constitución otorga la competencia en materia social a las CCAA si estas la asumen en sus Estatutos, lo que han hecho casi todas. En las CCAA en las que existe un órgano administrativo especial dedicado a estos fines el problema se encuentra solucionado. En otro caso, puede plantearse la duda de si es posible nombrar directamente a una persona pública.

No es necesaria la asunción expresa de la función de protección planteada, sino que basta la de actividades asistenciales más genéricas. Pero el nombramiento debe recaer sobre el ente que posee personalidad jurídica propia – la CCAA, el Ayuntamiento... – y una vez nombrado este la determinación del órgano adminis-

trativo concreto que ejercerá la tutela será una cuestión de orden interno administrativo. El órgano concreto dependerá de cada CCAA.

En Andalucía, por ejemplo, el órgano concreto es la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, ya que el Estatuto de esta comunidad en su artículo 13–22º considera competencia de la misma la asistencia y los servicios sociales. Como consecuencia de esta obligación algunas comunidades autónomas han ido creando diferentes organismos dirigidos a la asunción de las tutelas y las defensas judiciales. El modelo ha ido evolucionando desde la creación de organismos públicos sometidos al derecho administrativo – las comisiones–, lo que dificultaba mucho su labor como tutores, al establecimiento de entidades sometidas al derecho privado, generalmente bajo la fórmula de fundaciones .

No obstante, la redacción del artículo no deja de plantear problemas. Por ejemplo, debemos preguntarnos si se refiere solo al incapacitado judicialmente o al incapaz natural o de hecho. En segundo lugar, si la tutela de la Administración es transitoria (hasta que se nombre tutor ordinario) o permanente (como ocurre en materia de protección de menores). En tercer lugar, se refiere al artículo 234, dejando de lado la posibilidad de que el Juez nombre a un no familiar que sea idóneo para la tutela por sus relaciones con el tutelado, lo que se recoge en el artículo 235 CC y sería el modo de entrada de las personas jurídicas tutoras. En último lugar, debemos preguntarnos si se exige, en todo caso, la situación de desamparo y como relacionar esta con la existencia de un guardador de hecho que preste al incapaz la asistencia moral y material que necesite.

Podemos hacer las siguientes consideraciones:

- 1.–El precepto parece que realiza una distinción entre el incapaz al que no se le designa tutor y el que se encuentra en situación de desamparo. En ambos casos, la entidad pública asume la tutela automática. Ahora bien, cuando hablamos de mayores de edad la destrucción de la presunción de capacidad requiere una resolución judicial (artículo 199 CC). Creemos que esto supone que el incapaz al que debe nombrársele tutor debe encontrarse ya incapacitado y que este caso no es aplicable a los meros incapaces naturales.

No obstante, existe una segunda causa de aplicación que es el desamparo. Entendemos que esta es aplicable tanto en el caso en que exista tutor nombrado, como si estamos ante un incapaz meramente natural. Dicho de otro modo, la tutela administrativa se dará si no se nombra tutor al incapaz legalmente incapacitado por no poder encontrar persona alguna (física o jurídica) que se haga cargo de la tutela, y ello porque entendemos que la remisión al artículo 235 puede deducirse de la posibilidad que establece el 234–2º de que el Juez pueda prescindir totalmente de la lista de posibles tutores establecidos en el mismo.

También se dará en aquellos casos en que un incapacitado o un incapaz natural carece de personas que le puedan prestar la asistencia necesaria por imposibilidad o inadecuado ejercicio de la labor protectora, tutela esta que sería análoga a la establecida en materia de menores. No obstante, debemos tener en cuenta que, frente a lo que sucede en materia de menores en que la determinación de la condición de menor depende de un dato objetivo y la situación de desamparo es decretada por una resolución de una entidad pública, en esta materia el dato de la incapacidad debe ser determinado por carecer de esa objetividad automática y, por ello, en el caso de los incapaces naturales se precisa de una resolución, generalmente judicial, en que se establezca la condición de incapacidad natural y la existencia de una situación de desamparo. Entendemos que esto hace que no nos encontremos ante una verdadera tutela automática ya que requiere una determinación judicial o administrativa que valore la concurrencia de las condiciones necesarias para la misma, a saber, existencia de falta de autogobierno y la existencia de desamparo. Por ello, nosotros preferimos hablar de tutela legal más que automática. Debemos añadir que la obligación tutelar obliga también a la obligación de la aceptación de los cargos necesarios para la puesta en marcha de los mecanismos de protección (así la aceptación del cargo de defensor judicial en el procedimiento de capacidad) o la asunción de los mismos transitoriamente en tanto se sustancia el procedimiento principal (como administrador judicial o tutor provisional), pero siempre con nombramiento judicial lógicamente.

En las I Jornadas de Fiscales de Tutelas y Discapacitados celebradas en Madrid en 2004 se mantuvo esta tesis que defendemos entendiéndose que este último párrafo del artículo 239 solo será aplicable en aquellos casos en que, existiendo una declaración judicial de incapacidad, no se haya podido designar o designado tutor a un familiar, persona allegada o persona jurídica idónea. Debe excluirse de este precepto a los discapacitados naturales, puesto que, el artículo 199 Código Civil exige sentencia para considerar que existe una situación de incapacidad, a diferencia del caso de menores en que la minoría de edad viene marcada por un dato objetivo no judicial. Esta

interpretación, aún siendo la correcta, puede poseer un efecto perverso, tal como se denuncia en la Memoria de la Sección civil de la Fiscalía de Sevilla correspondiente al año 2004. Se plantea en la misma como, al presentarse la demanda de incapacidad de los incapaces naturales por el Ministerio Fiscal, es preciso el nombramiento de un defensor judicial. La falta en los casos de discapaces desamparados de personas que puedan hacerse cargo de esta misión hace que se proponga por la Fiscalía a la entidad pública correspondiente. Esta se esta negando sistemáticamente alegando que su misión comienza cuando la persona ya está incapacitada por sentencia firme, lo que no es el caso. Como para llegar a ese fin se necesita el proceso y, para ello, es imprescindible alguien que se haga cargo de la defensa judicial nos encontramos ante una pescadilla que se muerde la cola. Por la misma regla de tres los familiares podrían negarse a asumir la defensa, alegando que su obligación legal es para la tutela y que esta no existe hasta que no hay incapacidad. La interpretación lógica es que, el llamado a ser tutor, debe atender la defensa judicial ya que si es la persona idónea para atender las necesidades del discapacitado en el mundo jurídico, también lo será para defenderlo en el procedimiento de incapacidad. Además, el artículo 300 CC establece que el Juez nombrará como defensor judicial «a la persona que estime más idónea» y, en estos casos, sin duda el organismo público encargado de velar por los incapaces y llamado por ley a ser su tutor lo es.

Esta tesis sobre el artículo 239 que estamos manteniendo no quiere decir que, con antelación a la sentencia de incapacidad, no se pueda intervenir en defensa del incapaz natural que se encuentre en una situación de verdadero desamparo. Esto se podrá acordar mediante resoluciones en las que se atribuya a esas entidades la protección de personas que aun no hayan sido declaradas incapaces por la vía de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 158 del Código Civil, pero ya no por ministerio de la ley, sino porque en ese caso concreto se haya apreciado por el Juez la conveniencia de que así se haga.

2.—Creo que, en principio, debe buscarse que la tutela de la Administración Pública sea transitoria en tanto pueda nombrarse un tutor adecuado personal o institucional (caso de las Fundaciones Tutelares). La Administración debe tratar de facilitar la existencia de tutores personales, dándoles ayudas económicas (a través de subvenciones y de beneficios fiscales) y asesoramiento. Entre estos tutores se encuentran las personas jurídicas ya, que a pesar de lo que literalmente establece el precepto, no está en su intención eliminar el artículo 235 por lo que, antes de que entre en juego de forma permanente la tutela de la Administración, podrá acudir a personas que se encuentren fuera del círculo familiar del pupilo o a personas jurídicas. Creo que debe aprovecharse la red de entidades tutelares que ha ido creciendo en toda España. Las entidades públicas deben fomentarlas, dotarlas y, en último extremo, asumir las tutelas que sea imposible establecer o aquellas en que los tutores no ejerzan bien la tutela en tanto no se nombre un nuevo tutor. No creo que la reforma pueda justificar una asunción directa y permanente de las tutelas por parte de la Administración, ya que ello conllevaría una regulación completa de acogimientos, declaraciones de desamparo, etc., similar al caso de los menores desamparados que no se incluye en la reforma. Por otro lado y, por lo dicho, creo que no sería operativo el llevar la tutela automática a sus últimas consecuencias, pues, podría suponer un problema mas para el ejercicio efectivo de la guarda de hecho lo que redundaría en perjuicio de una correcta protección del incapaz.

3.—En último lugar, debemos afirmar sin ambages que si el incapaz esta atendido por un guardador de hecho que atienda correctamente al mismo, no puede considerarse que exista desamparo a los efectos de la asunción de la tutela por parte de la Administración, ya que faltaría el elemento objetivo de la situación de desamparo. En ese caso, debería nombrarse tutor al guardador, dadas sus especiales relaciones con el incapacitado, si este carece del mismo o remover al tutor anterior por ejercicio inadecuado de la tutela y posterior nombramiento del guardador, tal como respecto a los menores establece el mismo artículo 239—2º CC.

VII.— Hacia un nuevo proceso de incapacitación. El proceso de protección de personas con capacidades especiales o proceso de capacitación.

La actual regulación establece para la incapacitación el procedimiento contencioso (verbal especial). Este procedimiento se implantó buscando unas mayores garantías para el incapaz¹⁰, pero alargó el procedimiento e

¹⁰ Tal como refleja Cabrera Mercado, R. en El proceso de incapacitación, McGraw Hill, Madrid, 1998, págs. 37 y ss, la discusión jurisdicción ordinaria— procedimiento contencioso en esta materia es constante en la doctrina. Tras reflejar los argumentos y apoyos de las distintas opciones, este autor estudia también la posición fluctuante y dispersa de nuestro TS. Más adelante, exponemos como la jurisdicción voluntaria no tiene porque ser «per se» falta de garantías.

implantó un tipo de proceso que no se adapta a las características propias del objeto del mismo, lo que ha sido muy criticado por la doctrina¹¹.

También se ha criticado por los familiares de los afectados. Estos critican el inadecuado tratamiento unitario que hacen el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de la incapacitación judicial de todos los distintos incapaces, cuando estos son diversos por lo que requieren soluciones diferentes, procedimientos diferentes, sin que ello disminuya garantía alguna. Hoy el procedimiento supone que padres, hijos, hermanos o cónyuges demanden a sus hijos, padres, hermano o cónyuge. Supone la existencia de un juicio contradictorio por lo que se convierten en partes enfrentadas, precisan asesoramiento profesional de abogados para así poder mejor ganar el juicio, el discapaz es emplazado para contestar la demanda y es declarado, si no lo hace, en rebeldía, tras ser conminado por medio de comunicaciones judiciales de talante amenazante, etcétera. Un largo calvario que las familias prefieren en muchos casos no recorrer.

El contradictorio, además, supone un aumento de la duración del proceso. Para evitar los inconvenientes derivados de la duración del proceso, se estableció el artículo 209 (hoy 762 LEC) que buscaba facilitar la protección de la persona y el patrimonio del incapaz¹², en cualquier estado del procedimiento, si bien hay que decir en honor de la verdad que, salvo excepciones, los jueces son muy reacios a adoptar medidas patrimoniales si no existe sentencia de incapacitación. El actual artículo 216–2º CC, tras la dicción dada por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, permite, además, la adopción de las medidas establecidas por el art. 158 CC, en los casos de tutela, o guarda de hecho o de derecho, incluso de oficio, lo que puede ser un importante mecanismo de protección en estos periodos intermedios y transitorios.

A pesar de la actual configuración del procedimiento de capacidad como un mecanismo de protección personal del discapaz la regulación del Código Civil refleja una incapacitación que se mueve, más que por la protección personal del afectado, por razones de carácter patrimonial. Se incapacita al que posee bienes, como presupuesto previo para obtener una pensión o para proceder a una partición hereditaria. Solo los artículos 763 LEC, 271–1º CC que hacen referencia al internamiento y el 156 CP relativo a la esterilización pueden catalogarse dentro de la protección personal del incapacitado. El resto busca proteger su patrimonio, o más seguramente, reintegrar al tráfico jurídico su masa patrimonial. La reforma, a pesar de sus principios generales, no ha modificado este planteamiento histórico.

Por eso, es necesario un nuevo planteamiento real del procedimiento de capacidad que empiece por el cambio de nomenclatura (la LEC ya habla de procesos sobre la capacidad de las personas, otros proponen procedimiento de protección o proceso de determinación de capacidades especiales o diferentes) y configure un nuevo proceso para establecer la institución de protección y una nueva regulación de los mecanismos de protección más dirigidos a la protección de la persona de la que la faceta patrimonial es solo una más.

Nosotros creemos que el procedimiento debe ser simplificado tal como hemos mantenido en otras ocasiones¹³. Abogaríamos incluso por una vuelta al procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener la declaración de incapacidad en determinados supuestos. Somos conscientes de la polémica que puede levantar esta afirmación. De todos es sabido que la implantación de un procedimiento contradictorio para lograr la declaración de incapacidad, tenía como objetivo el de dar mayores garantías al demandado. Pero debemos preguntarnos si efectivamente ha sido así y si la jurisdicción voluntaria hace imposible la aplicación de dichas garantías.

– En cuanto a la primera cuestión, la mecánica de los procedimientos con defensores judiciales formales y declarados en rebeldía cuando demanda el Fiscal; contestaciones a la demanda por parte de este meramente formales por un total desconocimiento de la situación del presunto incapaz cuando el Ministerio público actúa como demandado, práctica anticipada de las pruebas por ser lo más operativo quedando las vistas sin contenido, así como la nula intervención del presunto incapaz a pesar del derecho otorgado por la ley¹⁴, hace que dudemos de esa supuesta mejora de garantías.

¹¹ Muñiz Espada, E. «Descripción de las causas que originan la formación de la tutela» en Actualidad Civil, nº 11 de 1994, pág. 212. El procedimiento de incapacidad se dirige a la búsqueda de la verdad material, y no la formal, como ocurre en el procedimiento civil típico.

¹² Bloqueo de cuenta corriente, inventario de bienes, nombramiento de administrador, internamiento del incapaz, etc...

¹³ Véase Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VII–1997, págs. 137 y ss. y Protección legal de los Incapaces, págs. 18 y ss.

¹⁴ Y cuando trata de hacerlo, el primer problema con el que se encuentra es el de otorgar poder para pleitos, ya que el Notario se encontraría ante un «presunto incapaz» y podría dudar sobre su capacidad natural para otorgar dicho poder.

El procedimiento contradictorio trata de resolver intereses contrapuestos entre particulares, situados en un plano de igualdad, lo que no es trasladable al procedimiento de incapacitación, en el que el interés de protección es la base de la actuación de todas las partes. En la mayor parte de estos procesos no existe verdadero conflicto de interés, limitándose el Juez a constatar una realidad evidente para cualquiera que la contemple.

- En cuanto al segundo interrogante, hemos de afirmar que la jurisdicción voluntaria no tiene por qué suponer una falta de garantías. Una decisiva intervención del Juez y del Ministerio Fiscal es ya, de por sí, suficiente garantía, al poderse de oficio, practicar las pruebas que se consideren pertinentes, además de las establecidas en la ley como obligatorias para el procedimiento contradictorio. Debemos tener en cuenta que, querámoslo o no, el procedimiento de incapacitación supone un desgaste tanto para el incapaz como para su familia. Por ello debe calibrarse si el procedimiento es necesario y si el discapacitado aumenta su normal capacidad de actuación social. En otro caso el procedimiento supondría un costo inútil.

En esta petición de la tramitación a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria participan las asociaciones de familiares, no siendo desconocida esta solución en la doctrina. Así Lete del Río¹⁵ indicaba que

«mucho más lógica era la declaración sumaria que exigía el derogado artículo 218, referencia que había sido interpretada como de llamada a un procedimiento especial, breve y rápido, utilizándose la vía de la jurisdicción voluntaria en tanto no se producía oposición, y siguiéndose, en otro caso, el trámite de los incidentes».

No creemos tan descabellada la vuelta al procedimiento no contradictorio, ya que, solo si el presunto incapaz u otra parte interesada se opusiera a la declaración – creándose así una verdadera constitución de la «litis», y no como ocurre ahora una mera fachada formal de la misma–, entraríamos en la contradicción, respetándose, en ambos casos, todas las garantías legales. Se ganaría en tiempo y en facilidad, lo que redundaría en beneficio del incapaz, fin último y básico de la institución¹⁶. Se trataría de buscar un procedimiento que no contemplara la incapacitación en clave patológica, creando instrumentos jurídicos que solucionen los problemas que estas situaciones pueden presentar sin tener que acudir, a no ser que sea estrictamente necesario, a intervenciones judiciales que pueden provocar situaciones peligrosas para el interés del incapaz. De esta forma no sería lo mismo un procedimiento de incapacitación de un enfermo mental que el de una persona en coma vigil o de una deficiencia severa.

En cuanto a la legitimación, el CC la limita a la familia nuclear más próxima, si bien el juego del artículo 229 que impone la obligación, bajo su responsabilidad solidaria, a determinadas personas – que no coinciden con los legitimados ya que añade al guardador de hecho– de solicitar la constitución de la tutela pudiera plantear la posibilidad de legitimación de estos. La mayor parte de la doctrina, con un criterio excesivamente rigorista, mantiene que a los mismos solo les queda el mecanismo de poner en conocimiento del Fiscal (artículo 757–3º LEC) el hecho de la incapacidad para que este, en su caso, inste el procedimiento. Por el contrario otro sector, en el que nos incluimos, ha mantenido la posibilidad de que el guardador de hecho pueda instar directamente la incapacitación basándose en los siguientes argumentos jurídicos:

- El verdadero interés del incapaz de hecho se encuentra en que se declare su incapacidad y se le dote de representación legal. Es preciso recordar que este interés es el elemento fundamental de interpretación del ordenamiento jurídico en esta materia.
- Ese interés exige la máxima flexibilidad, lo que está reñido con rigideces formales, por lo que si la demanda se presenta por quien posee interés legítimo, debe admitirse aunque no esté legitimado.
- El artículo 304 CC establece que «los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad». Estos actos realizados en interés del

¹⁵ Ver Cabrera Mercado, O.c., nota 27, pág. 38.

¹⁶ Así ha ocurrido con la reforma de la legislación alemana operada por la ley de 1990, manteniéndose en la nueva regulación de 1998. Ver García-Ripoll Montijano, M. «La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *Actualidad Civil*, XXXII–1999. Este trabajo resulta tremendamente esclarecedor para contemplar un sistema de protección más acorde con los que entendemos deben ser los principios básicos de la institución protectora. Flexibilidad, subsidiariedad, mínima restricción de derechos y más interés por la protección de la persona afectada por la enfermedad que por la protección del tráfico jurídico –que, por desgracia, continua siendo el verdadero elemento básico de nuestro sistema de protección– dirigiéndose todo ello al bienestar del incapaz.

incapaz no pueden ser solo los de carácter económico, sino que debe incluirse, también, los de carácter procesal que vayan en beneficio del incapaz, y una demanda judicial fundadamente interpuesta no debe excluirse del círculo de dichos actos. Será el estudio del fondo del asunto, el que nos aclarara si existe esa correcta fundamentación, por lo que ningún peligro hay en ampliar el número de los legitimados.

- No deja de ser paradójico que se imponga al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela (artículo 229 CC) y la de instar, en su caso, la reintegración de la capacidad (artículo 761–2º) y excluirles de la posibilidad de instar la incapacidad, elemento básico de la protección¹⁷.

En cuanto a la sentencia, la misma, además de graduar el grado de capacidad, la ley debería imponer la obligación de que la que declare la incapacitación establezca, siempre que sea posible, mecanismos de progresiva integración y autonomía, personal y patrimonial, del discapaz.

En particular, la ley debería establecer la obligación del juez de manifestarse:

- 1.– Indicar en los hechos probados la clase de vida cotidiana que lleva el discapaz con el fin de que no se pueda negar a este la posibilidad de seguir realizando, con plena validez jurídica, actos que ya están plenamente integrados en sus hábitos regulares, salvo que motive que tales prácticas le son perjudiciales.
- 2.– Motivar cualquier limitación para el ejercicio de derechos básicos, como el derecho al trabajo y los de educación y sufragio.
- 3.– Como ya hemos indicado, establecer, siempre que sea posible, mecanismos de progresiva integración y autonomía, personal y patrimonial, del discapaz, explicitando, si así no lo hace, las causas que le han aconsejado dejar de prever tales mecanismos de progresiva integración.
- 4.– Establecer los mecanismos de representación y complemento de capacidad que más respeten la persona y la voluntad del discapacitado. En especial, el juez deberá expresar las razones que han desaconsejado la implantación de una curatela, cuando se ha establecido una tutela.

De esta manera aseguraríamos una incapacidad que solo alcanzara a los elementos estrictamente necesarios, sin suponer una invasión injustificada en la capacidad de obrar de la persona.

VIII.– Novedades de la ley sobre igualdad de oportunidades

La ley 51/2003 de 2 de diciembre sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad es otra importante ley que queremos comentar. Esta ley, si bien

¹⁷ En contra de esta opinión parece manifestarse el TS en sentencia de 24 de Mayo de 1991, si bien este caso no se refiere a la legitimación del guardador de hecho del presunto incapaz, sino del Ayuntamiento donde este prestaba sus servicios como Policía Local, indicando:

«El problema controvertido en este motivo se centra en el alcance y eficacia que tenga la concurrencia o no de legitimación activa para promover y proseguir las actuaciones encaminadas a conseguir la incapacitación de una persona, en el caso presente, empleado, en concepto de policía municipal, de la entidad que recurre. Las normas sobre esta materia están contenidas en el Código Civil, que claramente distingue entre las personas que están facultadas para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación (artículo 204) de aquellas otras, que están, primariamente, legitimadas para promover la declaración de incapacidad, esto es, el cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, los ascendientes o hermanos del presunto incapaz. Mas, en atención, al ya indicado interés público presente en estos procesos, el legislador atribuye al Ministerio Fiscal -demandante en estas actuaciones el deber de promover la declaración si las personas antes mencionadas no lo hacen o no existen; esta legitimación por sustitución de la primeramente llamadas a promoverla tiene carácter exclusivo y no puede ser compartida con otras instituciones o personas físicas o jurídicas; la única matización que incluye el artículo 203, aplicable en este caso, a las autoridades, o funcionarios públicos del Ayuntamiento de Palma, que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de la posible causa de incapacitación, es la transformación de la facultad que tiene cualquier persona para hacerlo, en deber de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que fue el proceder seguido por las autoridades del Ayuntamiento al comunicar la situación al Ministerio Fiscal; es decir, el Ayuntamiento de Palma carece de legitimación activa, según el Código Civil para promover la incapacitación, (...) Esto es, no desea que otras personas ajenas, sin perjuicio de la función que les incumbe como denunciante, se mezclen o intervengan directamente en una cuestión de tanta trascendencia para la persona como la relativa a su capacidad».

Últimamente, también mantiene la tesis negativa la STS de 7 de julio de 2004 que revoca la de la AP de Córdoba (2ª) de 11 de diciembre de 2000 si bien en ningún momento entra a estudiar el caso del guardador de hecho, limitándose a indicar que la legitimación es una norma de orden público y que solo los parientes indicados expresamente pueden demandar. Cita esta sentencia el auto de este mismo Tribunal de 29 de abril de 2004 en que negó al sobrino carnal la posibilidad de personarse como sucesor procesal del demandante legitimado fallecido durante el proceso, al entender que nos encontramos ante una acción de carácter personalísimo y, por ello, intransmisible.

tiene aspectos positivos, tiene como principal lastre el que incide en aspectos que la Ley de Integración Social de los Minusválidos¹⁸ no ha desarrollado tras casi 25 años de vigencia y que, incluso en algunos de ellos, es menos avanzada por lo que ha sido criticada por algunas asociaciones de afectados.

En su exposición de motivos esta ley parte de que todas las personas con discapacidad tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

Con cita de los artículos 14, 9-2º y 49 CE introduce como estrategias de intervención dirigidas a llevar a cabo las finalidades de la Ley las de «lucha contra la discriminación» y la de «accesibilidad universal».

El artículo 1-2º LIONDAU^{19*} considera como personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, a los que se equipara los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, con lo cual se amplía el ámbito subjetivo con respecto a la LPAPAD. Al igual que en aquella, la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

En su artículo 2 establece la ley los principios fundamentales que la inspiran. Estos son:

- a) *Vida independiente: la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.*
- b) *Normalización: el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.*
- c) *Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.*
- d) *Diseño para todos: la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.*
- e) *Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.*
- f) *Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».*

Para la LIONDAU se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables para su beneficio, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. Para garantizar este derecho los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

Estas medidas serán «aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable».

¹⁸ Ley 13/1982 de 7 de abril.

^{19*} Esta ley ha sido derogada por el RDL 1/2013 de 29 de noviembre que la refunde con su ley de infracciones y la LISMI.

Para ello, se entiende como discriminación indirecta *«cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios»*.

Como no existe derecho efectivo si este no es exigible judicialmente la ley contempla expresamente la tutela judicial y las medidas para proteger a los que los reclamen de cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante dicha reclamación. Esta tutela judicial se circunscribe a dos aspectos fundamentales:

- La adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.
- La indemnización o reparación por la vulneración realizada sin que exista tope máximo, y la admisión de la indemnización por daño moral aun cuando no existan perjuicios de carácter económico, valorándolo atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Para facilitar la intervención de los discapacitados en estos procedimientos y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, la ley indica que en los procedimientos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Por último, la LIONDAU en sus disposiciones adicionales modifica diversas leyes (Estatuto de los Trabajadores²⁰, Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública²¹, y otras) de las que solo queremos destacar algunas de las modificaciones operadas en la Ley de Propiedad Horizontal²² que se contemplan en su Disposición Adicional Tercera.

Así el artículo 10 LPH se modifica en el sentido de que sus párrafos 2º y siguientes quedan redactados de la siguiente forma:

- «2. Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.
3. Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.
4. En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley.
5. Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y accesibilidad a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales».

El artículo 11–3º LPH queda redactado de la siguiente forma:

«Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

²¹ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

²² Ley 49/1960, de 21 de julio, por la que se regula la Propiedad Horizontal. En adelante, LPH.

Por último, la norma 1ª de su artículo 17 LPH dispone que *«sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación»*.

El tema más interesante en esta materia y, sin duda el que más nos afecta como Fiscales, es el de la legitimación. El artículo 19 LIONDAU establece que *«sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación»*.

Ciertamente la ley no contempla la legitimación del Fiscal, pero podemos preguntarnos si esta es posible en aquellos casos en que, incumplándose las disposiciones de la LIONDAU, el discapaz se encuentra en una situación de desamparo por carecer de representación legal necesitándola o, aún teniéndola, por su entorno económico y social presente especiales dificultades para poder ejercitar las acciones que la ley le permite. Nosotros creemos que es así, ya que esta ley incide directamente, como hemos visto, en derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (pensemos en el derecho a la igualdad del artículo 14 CE en relación con el 9-2º del mismo cuerpo legal) y afecta a personas especialmente necesitadas de protección (artículo 124-1º CE y 3-3º y 7º EOMF). Todo ello hace que creamos que el Fiscal pueda tomar la iniciativa a petición de las personas afectadas o actuando de oficio cuando llegue a su conocimiento incumplimientos de los preceptos establecidos en esta Ley.

La labor del Fiscal como institución básica en la protección jurídica de las personas con discapacidad lo coloca en un lugar privilegiado en la tarea continua de dar a las personas con discapacidad los apoyos necesarios, de carácter jurídico, para una vida plena, feliz y autónoma. En esa lucha profesionales, asociaciones y, cómo no, afectados nos encontraremos. El camino es largo y, a veces, duro. Pero también es obligado y satisfactorio.

2.– LA ATENCIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD.
DE LA ASISTENCIA SOCIAL AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS.

2.— LA ATENCIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD. DE LA ASISTENCIA SOCIAL AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS.

«Vamos entonces, padre querido, súbete a mis hombros,
que yo te llevaré sobre mi espalda y no me pesará esta carga;
pase lo que pase, uno y común será el peligro,
para ambos una será la salvación. Venga conmigo
el pequeño Julo y siga detrás nuestros pasos mi esposa.
Y vosotros, mis siervos, prestad atención a cuanto diga.
A la salida de la ciudad hay un túmulo y un viejísimo templo
abandonado de Ceres y a su lado un antiguo ciprés
que la piedad de nuestros padres guardó muchos años.
Cada uno por su lado llegaremos todos a ese mismo lugar.

Tú toma, padre, los objetos de culto y los patrios Penates;
yo no puedo tocarlos saliendo de guerra tan grande
y de la reciente matanza, hasta que me purifique
el agua viva de un río.»

Dicho esto, me pongo una tela sobre mis anchos hombros
y el cuello agachado y encima la piel de un rubio león,
y tomo mi carga; de mi diestra se coge
el pequeño Julo y sigue a su padre con pasos no iguales;
detrás viene mi esposa. Avanzamos por ocultos caminos
y hasta el aire me asusta ahora a mí, a quien todos los griegos
juntos enfrente ni todas sus flechas podían dar miedo,
cualquier ruido me alerta de igual modo
temiendo a la vez por mi compañero y por mi carga».

VIRGILIO *La Eneida* Libro II.

I.— El derecho ante la discapacidad: del enfermo «objeto» a la persona con discapacidad como sujeto del Derecho.

La historia de la humanidad es la historia de la desigualdad entre las personas. Tras atribuirse al varón la tarea de realizar el culto a los dioses lo que suponía la atribución de la casa y los bienes y lo hacía superior en dignidad a la mujer, se fueron segregando a los colectivos más vulnerables de las distintas sociedades a los que se marginaba a ese concepto de desigualdad. Dentro de estos colectivos se encuentra el de las personas discapacitadas. Las distintas épocas han poseído una diferente percepción de la discapacidad. Durante muchos siglos se ha considerado que los discapacitados eran prueba del pecado de los padres o procedían de la cohabitación de los demonios y de los hombres, por lo que deficientes y deformes eran excluidos de la comunidad sagrada de los hombres.

En el Levítico (Cap. 21, Ver. 16–23) puede leerse:

«16 Jehovah habló a Moisés diciendo: 17 Habla a Aarón y dile: 'A través de sus generaciones, ningún descendiente tuyo que tenga algún defecto se acercará para ofrecer el pan de su Dios. 18 Ciertamente ningún hombre que tenga algún defecto se acercará, sea ciego, cojo, mutilado, desproporcionado, 19 quien tenga fractura en el pie o en la mano, 20 jorobado, enano, quien tenga nube en el ojo, quien tenga sarna o tiña, o tenga testículo dañado. 21 Ningún hombre de la descendencia del sacerdote Aarón que tenga algún defecto podrá presentar las ofrendas quemadas a Jehovah. Tiene defecto; no se acercará a ofrecer el pan de su Dios. 22 Podrá comer del pan de su Dios, de las cosas muy sagradas y de las cosas sagradas; 23 pero no entrará detrás del velo, ni se acercará al altar, porque tiene defecto. Así no profanará mi santuario, porque yo soy Jehovah, el que los santifico».

Ni la revolución cristiana modifico esta concepción. Así la tradición cristiana ha identificado al enfermo como un ser poseído por el demonio que domina su cuerpo, pero no su alma inocente. Este entendimiento, llevado a sus últimas consecuencias, supuso la existencia de los procesos de brujas, período que ocupó los siglos XV, XVI y XVII en Europa. Al mismo tiempo el nacimiento de un hijo deficiente suponía un descrédito ya que se catalogaba como fruto de un pecado de los padres. A los discapacitados más profundos se les excluía de los sacramentos e, incluso, de ser enterrados en lugar sagrado. Todavía hoy se dan casos, sobre todo en determinados entornos rurales, en los cuales los deficientes se mantienen ocultos y encadenados por sus propios padres en condiciones absolutamente lamentables como si fueran una afrenta a la propia humanidad de los padres.

Y no solo en los entornos rurales. Incluso entre las personas tenidas por cultas se oculta la existencia de un niño con deficiencias por considerarlo deshonesto. Ejemplo de ello fue el famoso dramaturgo Arthur Miller que tuvo un hijo con síndrome de Down que no incluyó ni siquiera en sus memorias. El niño nació en 1962 y el escritor impuso la decisión de internarlo en una institución. A pesar del cruel abandono de su padre Daniel Miller ha conseguido vivir en un piso con otros compañeros y trabajar de dependiente en un supermercado. Miller sólo tuvo dos encuentros con él. Uno, provocado por su yerno, el actor Daniel Day Lewis, que nunca entendió la actitud de Miller hacia su hijo y le quiso provocar un poco de compasión. El segundo fue fortuito. En 1995, Arthur Miller fue invitado a dar una conferencia en defensa de un hombre con retraso mental condenado a muerte, después de una confesión que muchos creían forzada. No sabía Miller que entre el público se encontraba su propio hijo, que a estas alturas era un muchacho entregado a una causa: ayudar a otros como él. Una inclinación a la justicia que podría parecer una ironía genética. El chico se acercó, le dio al padre un gran abrazo y se hicieron una foto. Cuentan los que vieron que el padre Arthur estaba asombrado, descolocado y enredado en su propia hipocresía, y el hijo Danny, feliz, libre de los rencores que padecemos las personas normales.

La situación de los enfermos en el terreno jurídico, siguiendo al Derecho Romano, se limitaba a recoger una forma de guarda que suponía un sistema de protección del patrimonio familiar que reproducía esencialmente las normas previstas para la administración del patrimonio de los menores. Sin embargo, se recogían escasas disposiciones sobre el cuidado personal de los enfermos. Por ello se dice que, en realidad, los mecanismos de protección van más dirigidos a proteger los intereses económicos de la familia que el bienestar del enfermo, como lo demuestra en que de todo el articulado del Código Civil español dirigido a las personas con discapacidad solamente uno afecta a los intereses personales del discapacitado, dedicándose todos los demás a aspectos patrimoniales.

El retraso y la enfermedad mental han seguido caminos paralelos hasta el Siglo XIX. En la Edad Media los enfermos mentales eran considerados poseídos por el demonio, mientras que los deficientes se salvaban, a veces, de la muerte ocupando los puestos de bufones de la corte. La práctica en el cuidado cotidiano de las personas con enfermedades mentales era la vigilancia en el seno familiar, en ocasiones en situaciones francamente indignas, la existencia errante de aquéllos que carecían de familia o no se ocupaban de él (lo que determinaba el desarraigo, los malos tratos por parte de una sociedad recelosa e incluso la expulsión de las ciudades), o, incluso en los casos de personas con graves trastornos de conducta, el ingreso en establecimientos carcelarios.

La misma tradición cristiana que dulcificó el sentido originario de la patria potestad en la Edad Media, fue la que, con un sentido humanista, empezó a crear establecimientos destinados al cuidado y asistencia de los enfermos en el siglo XV. Así, se crearon en España los Manicomios de Valencia (1409), Zaragoza (1425), Sevilla (1436), Toledo (1480), Valladolid (1489) y, posteriormente, Granada (1527) donde fue recluido el «loco» Juan Ciudad, conocido luego como San Juan de Dios.

«Después de la experiencia espectacular de su conversión, tiene que entrar en contacto con los pobres más marginados de siempre: los enfermos mentales. «Dos hombres honrados compadecidos tomaron de la mano a Juan y lo llevaron.» ¿Dónde? Al manicomio. Un ala del Hospital Real de Granada estaba ocupado por los locos. Allí, siente en sus propias carnes el duro tratamiento que se da a estos enfermos y se rebela al ver sufrir a sus hermanos. De esta experiencia, surge la conversión a los hombres, que desde entonces serán para Juan «hermanos». «Jesucristo me traiga a tiempo y me dé gracia para que yo tenga un hospital, donde pueda recoger los pobres desamparados y faltos de juicio, y servirles como yo deseo». El corazón herido, cogido por el amor desbordante de Dios, no le dejará en paz hasta el último momento en que muere de rodillas».

En general, en Europa existían establecimientos para el ingreso de locos (así, Bethlehem en Inglaterra, la Torre de los Locos de Caen o los Narrrtürmer de Hamburgo). Sin embargo, no será hasta finales del siglo XVIII en el que se adoptará, de una manera oficial, el manicomio como forma aceptada de tratamiento de los

enfermos mentales, desde todos los puntos de vista: científico (dando aparición a los inicios de la ciencia psiquiátrica), legislativo y social.

En Madrid se inauguró provisionalmente en 1851 el Manicomio de Santa Isabel de Leganés que se adoptó como Manicomio modelo en 1885. A pesar de ello, el hacinamiento, las escasas condiciones higiénicas, la falta de agua potable, baños y terrenos para la terapéutica por el trabajo, la ausencia de publicaciones, trabajos, autopsias y el hecho de que la dirección general se atribuyera a un sacerdote y la dirección del régimen interior a la Superiora de las Hermanas de la Caridad fueron sus características más reseñables. Benito Pérez Galdós hacía la siguiente descripción en su novela «*La Desheredada*»:

«Cualquiera que despertara súbitamente a la razón y se encontrase en el departamento de pobres entre turba lastimosa de seres que sólo tienen de humano la figura y se viera en un corral más propio para gallinas que para enfermos, volvería seguramente a caer en demencia con la monomanía de ser bestia dañina. ¡En aquellos locales primitivos, apenas tocados aún por la administración reformista, en el largo pasillo, formado por larga fila de jaulas, en el patio de tierra, donde se revuelcan los imbéciles y hacen piruetas los exaltados, allí, allí es donde se ve todo el horror de esa sección espantosa de la Beneficencia, en que se reúnen la caridad cristiana y la defensa social, estableciendo una lúgubre fortaleza llamada manicomio, que, juntamente, es hospital y presidio».

En estos establecimientos, a veces crueles, se ingresaban enfermos y deficientes mentales con el fin de alejarlos de las calles y, por desgracia, también de la sociedad.

La evolución de la dignificación de las personas con discapacidad han supuesto un largo camino en el que se pueden distinguir varias fases:

- 1.–En el siglo XVI empieza a ganar terreno la idea de que los discapacitados también son hijos de Dios. El humanismo influye en las religiones y consigue suavizar los rigores que hemos presentado.
- 2.–En el XVIII la Ilustración en su afán de educar a los niños no excluyen a nadie dado que uno de sus principios fundamentales era la igualdad. Surgen las primeras iniciativas de Escuelas adaptadas para discapacitados y deficientes. Esto continuó en el siglo XX. Al igual que en el caso de las mujeres la II Guerra Mundial fue la puerta que abrió de par a par a los discapacitados al mundo del trabajo.
- 3.–En los años 50 del pasado comienza a trabajar el movimiento asociativo que en España se consolida en la década de los 70. Empiezan también a surgir las declaraciones internacionales de derechos de las personas con discapacidad.
- 4.–La cuarta etapa es ya la del reconocimiento jurídico y es la de antes de ayer. Leyes como la LISMI, Igualdad y no discriminación, etc...jalonan esta etapa. Se manda a las personas discapacitadas y a sus familias un mensaje de integración, pero es la misma sociedad la que opone resistencias.
- 5.–Es la etapa en la que nos encontramos. Es la etapa en que la sociedad debe tomar conciencia de la realidad del discapacitado y de su capacidad para ser feliz, así como de sus habilidades y potencialidades.

En el camino de esa evolución histórica, el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas discapacitadas de forma muy precaria sin preocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares.

Este planteamiento va unido al llamado modelo médico de la discapacidad que considera la misma exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela, si bien dirigidas estas mas a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo.

Hoy nos encontramos ya de lleno ante un segundo modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para

prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales entrando en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.

Surge como consecuencia de la iniciativa de las propias personas con discapacidad. Así se pone la atención en el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que discriminan a las personas con deficiencias. Encuadrados dentro del movimiento por los derechos civiles, dio lugar al denominado movimiento de vida independiente cuya filosofía esta inspirando, de forma importante, muchas de las nuevas leyes sobre discapacidad que priman el ejercicio de los derechos generales y la autonomía de la persona con discapacidad sobre cualquier otra consideración.

La discapacidad se considera como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, nos encontramos, no ante una cuestión meramente social o medica, sino ante una cuestión de derechos humanos. De esta forma, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos. Pero esta necesidad de adaptación es complicada en entornos como los rurales que carecen de un tejido social suficientemente dotado.

La discapacidad como fenómeno social entra en las relaciones sociales reguladas por el derecho, por lo que tiene una realidad jurídica que provoca efectos jurídicos. En este campo la discapacidad entra en contacto con la Administración de Justicia.

Pero es que, además, actualmente existe una sobreabundancia de normas en el campo de la discapacidad lo que, sorprendentemente, va pareja a una duda razonable de la real eficacia practica de las normas promulgadas. Porque lo importante no termina siendo la legislación si no la realidad fáctica de la misma.

Elemento de gran interés en este desarrollo, como luego veremos, es la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 por lo que posee efectos legales plenos en nuestro país. En la misma se reconocen a las personas discapacitadas un importante elenco de derechos y se establecen los mecanismos para que estos derechos sean iguales a los de las personas que carecen de algún tipo de discapacidad.

Para la nueva visión de la discapacidad las personas que la padecen son seres humanos con el principal derecho que tenemos todos y que, sorprendentemente, no es recogido en nuestras constituciones, aunque si lo sea en el preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776: el de buscar la felicidad.

Y en esa lucha puede apoyarles el derecho. En el mundo de la discapacidad – sea esta física, sensorial o psíquica– se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte.

La institución jurídica de la incapacitación y el ejercicio de los mecanismos de protección derivados de la misma son la aportación jurídica a la supresión de barreras. Son, una y otros, la prótesis que nos va a permitir andar cuando hemos perdido una pierna. La incapacitación no es una muerte civil, ni una forma de controlar, como invisibles correas o rejas, al discapaz. Es una forma de protegerlo y de permitirle intervenir en la vida jurídica como si no existiera la discapacidad a través de sus tutores, curadores o padres. Se trata de ayudar al discapaz de la forma más conveniente y útil para que, como persona, pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. La incapacitación es la llave que abre las cadenas, la prótesis o la muleta que nos permite andar, la ayuda que necesitamos para proteger a nuestro familiar. Por ello, se ha dicho que el procedimiento de incapacitación es la primera institución social de derecho privado y una de las mas importantes manifestaciones del Estado social de Derecho. Y ello pese a las concepciones que consideran que, dada la poca flexibilidad de la Administración de Justicia para la adopción de medidas, el proceso de incapacitación se transforma en un fardo para el proceso de rehabilitación psicosocial del enfermo mental. Desde las Secciones de Protección a las

Personas con Discapacidad andaluzas llevamos mucho tiempo pidiendo a las asociaciones de afectados y a los familiares que le den una oportunidad al derecho. Este no va a solucionarlo todo, no tiene todas las respuestas, ni hará desaparecer el problema. Todos sabemos que los enfermos mentales necesitan tratamiento médico, pero también una profunda intervención social y, por qué no, una intensa protección jurídica de sus derechos y de los riesgos que, en la vida legal y social, su situación genera. Nosotros tenemos muy claro la máxima de Hipócrates dirigida a los médicos: *«Si puedes curar, cura; si no puedes curar, paliar; si no puedes paliar, escucha»*.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 constituyó el hito detonante de un importante cambio de rumbo. La situación personal de los deficientes y de los enfermos mentales dejó de ser una cuestión meramente individual y familiar y se transformó en un asunto de importante calado social. El artículo 49 de nuestra Carta Magna nos sitúa ante un nuevo punto de partida al indicar que

«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

Esto supone partir del respeto a la personalidad del incapaz y al libre desarrollo de la misma de igual forma que la que se otorga al resto de los ciudadanos.

Pasamos así a una orientación integradora y que busca, no tanto la «muerte civil» del discapacitado, como su desarrollo personal e integración, total y completa, en la sociedad. El derecho reconoce a la persona con discapacidad la misma dignidad y derechos que al resto de los miembros de la sociedad en condiciones de igualdad. Pero esta igualdad no puede olvidar las propias diferencias del discapaz, ya que este parte de una desigualdad práctica. Por ello, el mismo debe ser titular de un trato específico que le otorgue una especial protección y facilite su inserción e intervención activa en la sociedad a la que pertenece. La discapacidad supone deficiencia de algo, limitación, y las instituciones jurídicas deben dirigirse hoy a compensar o completar una personalidad que no ha terminado de desarrollarse o que se encuentra desestructurada por determinadas patologías con vocación de permanencia. La protección al incapaz debe partir de la base de que se le protege para que pueda gozar sin discriminación negativa de sus derechos como persona y como ciudadano. Por ello, toda la regulación jurídica de la incapacidad se basa hoy en el principio del mayor interés del incapaz que, como gráficamente expone Rivero Hernández, reside

«en preservar su dignidad personal y proporcionarle el disfrute vivencial de una situación, medios y operaciones que favorezcan el desarrollo de su personalidad no sólo (y quizá no tanto) actual sino con perspectivas de futuro, de forma (precisamente por su frustrado desarrollo) que le permita integrarse en la sociedad a la que pertenece en las mejores condiciones posibles, individuales y sociales, y participar en la dinámica y vida colectiva en términos que se aproximen en cuanto fuere posible a lo que entendemos por normalidad o situación de una persona no incapaz».

En nuestro país, más de 3.500.000 personas se encuentran afectadas por una deficiencia, lo que supone un 9% de la población total. Junto a esta magnitud cuantitativa, debe resaltarse que las condiciones vitales de estas personas no han sido nada alentadoras, y representan sin duda, como hemos visto, el resultado de una historia de persecución, exclusión, y menosprecio a la que las personas con discapacidad se vieron sometidas desde tiempos muy lejanos.

Dos son los paradigmas teóricos con los que nos podemos enfrentar al fenómeno de la discapacidad:

Por un lado, se encuentra el llamado modelo médico que considera la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual.

En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela, si bien dirigidas estas más a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo.

El segundo modelo, hoy dominante, es el llamado modelo social. Para él no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Surge como consecuencia de la iniciativa de las propias personas con discapacidad. Así se pone la atención en el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que discriminan a las personas con deficiencias. Encuadrados dentro del movimiento por los derechos civiles, dio lugar al denominado movimiento de vida independiente cuya filosofía esta inspirando, de forma importante, muchas de las nuevas leyes sobre discapacidad.

El modelo social considera a la discapacidad como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, el problema –que es más una cuestión ideológica que biológica– requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. Partiendo de la dignidad intrínseca del ser humano, sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona para trasladarlo a la sociedad. Con ello, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos.

El modelo social entiende la discapacidad como el fracaso de la sociedad para adaptarse a las necesidades de las personas con alguna deficiencia. El problema no está en el individuo, sino en el entorno de la sociedad, que es la que, en realidad, limita a las personas con alguna insuficiencia. La discapacidad, por lo tanto, no radica en el individuo, sino en el resto de la sociedad que no es capaz de superar las barreras sociales, culturales, físicas, económicas y políticas que ella misma va creando.

El modelo social de la discapacidad se centra en el hecho de que las actividades humanas llamadas normales están estructuradas por el entorno socioeconómico general, construido en función de los intereses de las personas no discapacitadas. De este modo, la discapacidad se define como una forma de segregación u opresión, desventaja o restricción de actividad, causadas por la organización social contemporánea que no atiende a las personas que presentan insuficiencias excluyéndolas de las actividades sociales dominantes. Las personas no están oprimidas por razones naturales, sino, por el contrario, la limitación o exclusión es el resultado de la acción humana del otro diferente.

Las personas son discapacitadas no debido a sus insuficiencias físicas o mentales, sino por la configuración de una sociedad diseñada por y para personas no discapacitadas. Para el modelo social el centro de interés no es el individuo con insuficiencia, sino las circunstancias opresoras del entorno social, cultural, político y económico en que viven los discapacitados. Si la sociedad cambia sus estructuras comportamentales la discapacidad dejara de condicionar la vida de los individuos. Así se dice que la discapacidad es reflejo de que algo funciona mal dentro de la sociedad y debe arreglarse, y no que el mal funcionamiento se encuentre dentro del individuo. Es la sociedad la que incapacita físicamente a las personas con insuficiencia. La discapacidad es algo que se impone a nuestras insuficiencias por la forma en que se nos aísla y excluye innecesariamente de la participación plena en la sociedad. Por tanto, los discapacitados constituyen un grupo oprimido de la sociedad y su superación se basa en el ejercicio del derecho de igualdad y en un problema de respeto a los derechos humanos.

De este modo, se ha producido un cambio en el objeto del análisis teórico, que ha pasado de los individuos y sus insuficiencias a los entornos que agudizan la discapacidad y a las actitudes sociales hostiles.

El discapacitado es una persona con derechos, y debe facilitarse su derecho a integrarse plenamente en la sociedad, tanto como puedan, incluyendo la facultad de administrar su propia vida y patrimonio en tanto sea posible. Esto ha sido reconocido por multitud de documentos internacionales como la llamada Declaración de los Derechos del Retrasado Mental proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1971, para tener su último hito en la Convención de 13 de diciembre de 2006 que luego contemplaremos.

Partiendo de esta filosofía y de estos principios vamos nosotros a acercarnos a las novedades jurídicas y a las posibilidades que el derecho tiene para participar en esta maravillosa aventura de, abandonando antiguos prejuicios, capacitar la discapacidad.

II.– La incapacitación es un mecanismo de protección de las personas con discapacidad.

La evolución ideológica que antes hemos contemplado ha influido también en el abandono de un concepto de incapacitación como muerte civil del discapaz dirigido a proteger los bienes de la familia y no su propia persona, a otro que busca la integración, total y completa, de este en la sociedad.

En el mundo de la discapacidad – sea esta física, sensorial o psíquica– se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte. La institución jurídica de la incapacitación y el ejercicio de los mecanismos de protección derivados de la misma son la aportación jurídica a la supresión de barreras. Son, una y otros, la prótesis que nos va a permitir andar cuando hemos perdido una pierna. La incapacitación no es una forma de controlar, como invisibles correas o rejas, al discapaz. Es una forma de protegerlo y de permitirle intervenir en la vida jurídica como si no existiera la discapacidad a través de sus tutores, curadores o padres. Se trata de ayudar al discapaz de la forma más conveniente y útil para que como persona pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. La incapacitación es la llave que abre las cadenas, la prótesis o la muleta que nos permite andar, la ayuda que necesitamos para proteger a nuestro familiar. Por ello, se ha dicho que el procedimiento de incapacitación es la primera institución social de derecho privado y una de las más importantes manifestaciones del Estado social de Derecho y, por eso, se habla de la incapacitación como capacitación.

El principio general de la capacidad de las personas hace que la actual regulación de la incapacitación establezca una importante flexibilidad destinada a modular el grado de limitación de la capacidad de la persona aquejada de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma, estableciendo distintas formas de guarda para cada una de las distintas situaciones que pueden darse.

Hay que destacar que la incapacitación es algo más que un diagnóstico. La enfermedad, como punto de partida, debe provocar una sintomatología suficiente para producir unos efectos que impidan el autogobierno de la persona, la capacidad de autocuidado de su persona y de sus bienes, y la defensa de sus propios intereses. El resto de los fenómenos psicopatológicos por raros y extravagantes que parezcan carecen de trascendencia a efectos civiles. La capacidad de autogobierno supone que uno sea potencialmente capaz de conseguir medios de subsistencia, así como administrar sus bienes y patrimonio de acuerdo con sus intereses, sin perjudicarlos por algún déficit de personalidad.

De acuerdo con lo dicho, habrá que estar, no al diagnóstico, sino a los efectos que la enfermedad origina y las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. Siguiendo a Fernando Santos Urbaneja, para decidir si una persona debe ser incapacitada debe determinarse que necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer más de lo que puede habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacitación, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del art. 200 CC. Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en un centro, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la residencia, quedándole solo unas pesetillas para pequeños gastos. En estos casos, la declaración de incapacitación no viene a proteger nada que no esté ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacitación (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas).

Como punto de partida, debemos tener en cuenta como ideas básicas y orientadoras las siguientes:

- Que la incapacitación supone una limitación de la independencia de las personas, debiendo, por ello, ser excepcional, dándose solo cuando sea necesaria para el bien del individuo discapaz, y no por cualquier otra circunstancia o interés, limitándola a las personas que, verdaderamente, necesiten dicho mecanismo protector.
- La tutela debe procurar el incremento de la capacidad de obrar del sometido a ella, con el fin de igualarla al resto de los ciudadanos, y no suponer simplemente una limitación de sus derechos.
- Debe procurarse la revisión periódica de la conveniencia de mantener o de modificar la declaración de incapacitación, admitiendo la posibilidad de mejora y desarrollo de estas personas.
- La incapacitación no es un fin en sí misma, sino un medio de protección para determinadas personas.
- La incapacitación no sirve para lograr el internamiento en un centro, ni para que la administración se haga cargo del enfermo. Tampoco sirve para obligar a una persona a someterse a un tratamiento

médico, ni conseguir de ella cualquier otra concesión. Ni supone, necesariamente, la concesión de una ayuda asistencial. Si bien, estos aspectos pueden tener relación entre sí, son independientes y la concesión de uno no supone la concesión automática del otro, sino que deberán realizarse procedimientos independientes y basados en criterios diferentes.

Todos estos principios hacen que tengamos que cuestionarnos los caminos por los que discurre el actual proceso de incapacitación que, en la mayor parte de los casos, termina con una inadecuada sentencia de incapacidad total. Si contemplamos el mundo de la discapacidad en multitud de sectores (laboral, educativo, sociosanitario...) se han dado cambios sustanciales para abordar los problemas que se presentan. Solamente el mundo del derecho sigue resistiéndose a estos cambios inaplazables. Por eso es necesario rediseñar el proceso que ya debemos acostumbrarnos a llamar de capacitación, de complemento de capacidad o de apoyo jurídico personal. Las líneas generales de esta reforma podrían resumirse:

- Exigir que, en la demanda, se especifique con claridad cual es el motivo, que necesidad o problema provoca el que la privación de capacidad es necesaria y buena para el sujeto. Que se pretende con dicha declaración.
- El que pueda declararse la incapacidad solo para dicho acto concreto (en muchos casos un discapacitado necesita complemento o sustitución de capacidad solo una o dos veces a lo largo de su vida), nombrándose un asistente ad hoc que luego deba rendir cuentas ante el juez por dicho acto. Esto evitaría que la persona quedara marcada con el estigma de «*incapacitada*». Solo en casos puntuales será necesario el procedimiento clásico de capacidad.
- Diversificación de los procesos de capacitación, creando un mecanismo flexible para los casos puntuales o aquellos totalmente claros reservándose el juicio verbal para los casos en que, realmente, haya que delimitar claramente el alcance de la incapacidad.
- Clarificación y extensión de la figura de la guarda de hecho, poderes preventivos, etc.... Y acogimiento de figuras como el asistente tal como se esta planteando en el derecho catalán, etc....

III.– Evolución de los mecanismos jurídicos de protección de la discapacidad.

La protección jurídica de las personas desvalidas han seguido, a lo largo de la historia, varios modelos, según iba cambiando la filosofía de la sociedad ante la discapacidad. Siguiendo la clasificación de Santos Urbaneja, podemos realizar los siguientes grupos:

1º.– Modelo de tutela de familia.

Según este modelo tradicional, tanto el ejercicio de las funciones tutelares como su control se encomendaba a los parientes más próximos, mientras que los Poderes Públicos cumplían una función residual y subsidiaria. Este es el modelo que acogió nuestro Código Civil y que estuvo vigente hasta la reforma del año 1983.

En este año los cambios sociales hacían aconsejable un cambio en el sistema. La dispersión geográfica de la familia que dificultaba el control familiar, el aumento de las familias con patrimonio extendiéndose considerablemente el número de personas discapacitadas titulares, generalmente por herencia y en condominio, de bienes inmuebles y la promulgación de la Constitución de 1978, que traía una nueva concepción de los derechos de las personas y de los discapacitados, provocó un planteamiento nuevo.

2º.– Modelo de tutela autoridad.

En el año 1983 la Ley de 24 de Octubre modifica ampliamente el Código Civil en materia de incapacitación y tutela. Esta ley abandona el modelo de familia y opta por el modelo de autoridad, encomendando a esta no el ejercicio de la tutela, sino el control de la misma que pasa al Juez y al Fiscal. Tras más de veinte años la reforma de la tutela, que supuso, en su momento un paso importante, hoy se encuentra también obsoleta por los siguientes motivos:

- a) La Administración de Justicia no estaba en condiciones de asumir esta función por lo que el modelo estaba condenado desde sus inicios. A pesar del esfuerzo de Jueces y Fiscales el control ha sido más formal que real.

La falta de Juzgados Especializados y dotados con personal auxiliar (Censores de Cuentas, Trabajadores Sociales, Médicos Forenses, etc...) que permitiesen establecer un control cabal y efectivo ha lastrado la labor de control. Hoy el Consejo General del Poder Judicial esta haciendo un esfuerzo para llevar a cabo esta especializa-

ción de Juzgados, pero esto va lento y hay muchos partidos en que esta especialización no se da con los importantes problemas que ello comporta. Se han creado Juzgados de lo Mercantil en todas las provincias, Juzgados de Violencia contra la Mujer en todos los partidos, pero carecemos de Juzgados de Familia y/o capacidad de las personas en la mayor parte de los partidos judiciales del país, incluso en la mayoría de las capitales de provincia.

En estos años la sociedad ha continuado cambiando a marchas agigantadas. Los cambios en el sistema de valores, con una menor solidaridad familiar, las nuevas necesidades que la sociedad de consumo plantea, el acceso de la mujer a la vida laboral y social, el éxodo de las zonas rurales y el envejecimiento de la población de las mismas, etc... Hace que la clásica tutela ejercida por un familiar al estilo tradicional, con control de la autoridad, tenga cada vez una menor incidencia, optándose por otras formas de protección – tutela profesional o por personas jurídicas– a las que se les aplica la misma regulación que a la tutela individual familiar, debiéndose adaptarse aquellos al modelo de este lo que no es demasiado operativo.

A todo esto se ha unido el que han comenzado las dificultades para encontrar, entre los familiares una persona dispuesta a aceptar la tutela del hermano, del tío o sobrino discapacitado. A veces la familia no existe. Por ello ha sido precisa la creación de Fundaciones Tutelares o el reconocimiento de la tutela legal de las entidades publicas en la nueva redacción del artículo 239–3º CC para cubrir esta laguna.

Esta problemática ha provocado la existencia de importantes voces críticas que apuestan, bien por la flexibilización del actual sistema de tutela de autoridad, bien pidiendo la vuelta al sistema de tutela de familia o bien, por último, defendiendo la configuración de un sistema mixto, grupo en el que nos encontramos. Así Leña Fernández, critica el que el sistema de tutela de autoridad, fuertemente judicializado, carece de tradición en nuestro Derecho. Afirma, a nuestro entender acertadamente, que la intervención judicial en la familia debe estar limitada a conflictos e incumplimientos de deberes. Para este autor el sistema de tutela judicial no ha servido para solucionar los problemas que presentaba la tutela de familia, ha hecho el sistema más lento y costoso, sin lograr una mayor protección de las personas con discapacidad. Asimismo, ha alejado el órgano de control de la persona del tutelado, encareciendo la tutela. Partiendo de la defensa de un sistema mixto, entendía este autor que, a través de la tutela testamentaria, podrían establecerse modelos de tutela familiar, ya que los órganos de control establecidos por el padre «vincularan al juez» a no ser que el interés del incapaz exija otra cosa, tal como dispone el art. 224 CC. Se entiende que los artículos 223 y 224 de este cuerpo legal, demuestran que solo se ha establecido la tutela de autoridad para los casos en que los padres no se hayan manifestado de otro modo. La fiscalización judicial es más fría y conoce menos que los familiares las necesidades personales y económicas del incapaz. Hay que destacar, que el Código de Familia Catalán se decanta por el sistema de tutela familiar, tras experimentar el de autoridad. En la regulación de esta comunidad autónoma se establecen dos modelos de protección: uno familiar o de tutela voluntaria (artículos 172 a 177 y 239–1º) y otro de autoridad o tutela dativa, pero este solo para el caso de que no se haya dado la delación tutelar voluntaria.

Sigue, por ello, el CFC el sistema mixto que estamos propugnando. Pero es que este sistema mixto se ha trasladado en gran parte al CC con la ley 41/2003 de protección de la persona con discapacidad como podemos ver en la redacción del nuevo artículo 223 CC.

Expone este:

« Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado».

Así creemos que este precepto da a los padres y ascendientes y al mismo discapaz la facultad de diseñar el sistema tutelar que quiere para su descendiente o para el mismo a la medida de sus necesidades y circunstancias, todo ello bajo la vigilancia del Juez y del Fiscal para los casos de conflicto o mal ejercicio de la tutela. Solo en el caso de que el régimen tutelar no se haya diseñado por los padres, ascendientes o discapaz entrara en funcionamiento el régimen legal. En aplicación de este artículo se puede diseñar un sistema tutelar mas flexible que el que la ley configura que nos da paso al siguiente modelo.

3º.– Un nuevo modelo: la autotutela.

Lo dicho en el apartado anterior nos sirve también como punto de partida de este nuevo modelo de tutela íntimamente relacionado con el modelo social de la discapacidad que hemos contemplado con anterioridad.

Su nacimiento obedece a varias razones:

- a) El Estado de Bienestar va dando evidentes muestras de agotamiento por lo que la sociedad civil debe participar en la respuesta al problema de la discapacidad que como hemos visto, es un problema social no personal.
- b) El impulso del modelo social nos lleva a residenciar las decisiones en quien debe decidir, no la familia, no el Estado, sino el propio afectado. Los principios de libertad, autonomía y dignidad de la persona aparecen. Se concibe a la persona con discapacidad como titular y sujeto de unos derechos y no como objeto de los derechos de sus familiares o de la sociedad. Surgen así, las nuevas instituciones como los poderes preventivos, la autoincapacitación y la autotutela, el consentimiento informado y las voluntades anticipadas, etc.
- c) Se busca facilitar la vida independiente y plena de las personas con discapacidad, como ciudadanos en un nivel de igualdad con el resto de la población para lo que se le compensa las deficiencias que tiene con ayudas, medidas jurídicas y sociales y discriminación positiva.

Esto se está haciendo a través de tres leyes. Por un lado, la 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Por otro, a través de la Ley de Protección de la autonomía personal y atención a las personas dependientes cuya aplicación no está dejando de tener innumerables problemas.

Profundizar en estas leyes sería muy largo y escaparía de las posibilidades de tiempo de este trabajo. Por ello, nos limitaremos a indicar que las mismas establecen instituciones de protección por las que, aquel que en el futuro pueda ser incapaz, regule su vida jurídica (poderes preventivos, autoincapacitación y autotutela), aumentan la responsabilidad al respecto de las entidades públicas en la protección de los discapaces (tutela legal de la Administración en determinados casos y derecho subjetivo para la atención a la dependencia), regulan un patrimonio especial protegido civil y fiscalmente para el mantenimiento vital del discapaz y establecen mecanismos que facilitan la supresión de barreras de todo tipo, junto con otras medidas de carácter económico y social que garanticen la vida independiente de las personas con discapacidad fomentando al máximo su autonomía. Se establecen conceptos nuevos como el de « *capacidad suficiente* » que puede permitir una mayor participación del discapaz en el diseño de su propia vida y se aumenta (aún más) la intervención del Ministerio Fiscal en la protección de las personas discapacitadas, lo que carecerá de verdadera efectividad si no se acompaña de un aumento de medios personales y materiales de dicha institución que permita una especialización y dedicación que, hoy por hoy, es completamente imposible.

IV.– El nuevo concepto de la capacidad de obrar suficiente y el problema de los actos personalísimos del discapaz.

En el campo del nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad, es importante destacar el nuevo concepto de capacidad de obrar suficiente que entendemos distinto del de capacidad de obrar plena tradicional en esta materia, lo que provoca importantes consecuencias jurídicas y que, sin ser novedoso, ha sido potenciado con la Ley 41/2003 de protección patrimonial de la persona con discapacidad. Este concepto es recogido, asimismo, en el artículo 4–2º f) de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para establecer el derecho del discapaz a decidir sobre la tutela de su persona y bienes para el caso de la pérdida de autogobierno.

La introducción de esta expresión puede dar lugar a graves problemas prácticos, pero también puede ser un interesante instrumento de integración. La ley distingue entre discapacitados con capacidad de obrar suficiente y los que carecen de ella por lo que debemos preguntarnos que podemos entender como capacidad de obrar suficiente.

No nos encontramos ante un concepto enteramente nuevo. En realidad, nuestro Código Civil tiene referencias a dicha capacidad en diversas ocasiones. Así se refiere a ella en diversos artículos (92, 162, 155, 156, 177, 231, 237 y 248), siempre para permitir a un menor o incapaz expresar una opinión, aunque sólo de forma

no vinculante, con la excepción del supuesto del 162, en que concede al mismo auténtica capacidad decisoria para los casos de aceptación por el menor de prestaciones personales. No obstante, en la actualidad debemos darle una interpretación más amplia, acorde con la mayor capacidad posible y con la búsqueda de la mayor integración del discapaz, principio básico en materia de discapacidad.

Estos principios exigen, en primer lugar, que el discapacitado sea oído en la toma de las decisiones que le afecten, y, creemos que también, el que su voluntad sea operativa, en todo lo relacionado con la constitución y gestión del patrimonio protegido, cuando su nivel de entendimiento y comprensión de la existencia y funcionamiento de tal patrimonio sea suficiente. Nos encontraríamos ante una cuestión de hecho, debiendo tenerse en cuenta la composición y cuantía del patrimonio y no sólo la capacidad propia, individual y aislada del sujeto, sino la resultante de la ayuda, explicación y complemento que le puedan prestar las personas de su entorno, e incluso el encontrarse está sometida a un régimen especial de protección como pudiera ser la curatela o la anunciada asistencia del derecho catalán.

Ya que el patrimonio protegido debe constituirse en escritura pública, serán los Notarios los que deberán valorar ab initio dicha capacidad. El notario, que está obligado a respetar la regla general de presunción de capacidad de toda persona que no haya sido judicialmente incapacitada, deberá apreciar, según su leal saber y entender, si el beneficiario tiene o no, en ese momento, la capacidad suficiente, sin que sea correcto exigir una capacidad plena. Para ello deberá oír personalmente al beneficiario, comprobar los datos relativos a las declaraciones administrativas de minusvalía si es que existen, e incluso solicitar la opinión de técnicos, de modo análogo a lo dispuesto en el artículo 665 Código Civil (respecto al testamento otorgado por el judicialmente incapacitado). Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad del control posterior a través de las pertinentes acciones de nulidad por falta de capacidad, lo que podrá hacer el Ministerio Fiscal o cualquier otra persona con interés legítimo. Otra fórmula para llevar esto a cabo puede ser valorar dicha capacidad suficiente por el Notario o por el Juez ante el que se constituye el patrimonio por la oposición de los padres o tutores. Para esta revisión judicial podrá el mismo discapacitado acudir al Fiscal, de acuerdo con el artículo 3-2-2º de la Ley de Protección Patrimonial del Discapacitado, para provocar la constitución judicial ante la negativa del Notario de considerar la existencia de capacidad suficiente. Digamos que, en los procedimientos ordinarios de nulidad a posteriori antes indicados, deberá intervenir el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 3-7º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 8-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si existe discrepancia entre el discapaz y sus representantes y en tanto se le nombre un defensor judicial que lo represente.

Marín Calero destaca la singular importancia de este concepto y como el mismo debe suponer que los agentes jurídicos deben acostumbrarse a dar cauce al derecho constitucional de los discapacitados a integrarse tan plenamente como sea posible en la vida social y que no puede considerarse que el discapacitado psíquico con capacidad suficiente tenga prohibido por la Ley el acceso a la administración de su patrimonio protegido. Se trataría de trasladar al mundo jurídico los principios de integración, habituales ya en los mundos laboral y de la enseñanza.

Es importante poner en relación este concepto de capacidad suficiente con las nuevas tendencias que se dan en el campo de los actos personalísimos de las personas discapacitadas.

Como sabemos, en el mundo del derecho, se ha distinguido tradicionalmente entre los actos personales, en los que cabría la representación de un tercero o tutor, y los llamados actos personalísimos que, por afectar a elementos esenciales de la persona, solo pueden ser realizados por aquella persona a la que afecta.

En el caso de los discapacitados declarados judicialmente incapaces esta distinción no deja de tener importancia, ya que en los actos personalísimos no basta con la intervención del tutor, sino que la intervención del pupilo resulta fundamental para la validez del acto jurídico de que se trate. El problema surge porque nos encontramos ante personas de capacidad limitada y ello nos lleva a preguntarnos si será posible para ellos el acceder a los efectos jurídicos derivados de estos negocios jurídicos de carácter personalísimo. Si el incapacitado carece de la capacidad suficiente para llevar a cabo el acto, al no poder hacerlo su tutor, serán de imposible realización.

Hemos dicho que los actos personalísimos pueden ser realizados por el incapaz, sin que, en principio, pueda hacerlo por ellos su tutor. Los mismos se encuentran reflejados expresamente en la ley y solo se excluyen de forma absoluta de la capacidad del discapacitado si la sentencia de incapacitación, de forma expresa, así lo hace.

El principal problema que plantean estos actos es la imposibilidad de realización que supone la falta de capacidad natural del pupilo para su realización. Por ello, un importante sector doctrinal ha defendido que

del artículo 267 del Código Civil no se desprende el que la intención del legislador fuera privar al discapaz de sus derechos, sino todo lo contrario, por lo que el mismo amplía el campo de legitimación de los tutores para actuar en interés del tutelado. Y esto porque la tutela está pensada para la protección del incapacitado y no para limitar sus derechos. Impedir de forma indiscriminada el ejercicio de las acciones de carácter personalísimo por el tutor sería una solución poco práctica para la protección del incapacitado y, por ello, injusta. Como ha dicho algún autor no existe ninguna limitación expresa para que el tutor pueda ejercitar estos derechos en el nombre del tutelado y su privación supone una falta de igualdad impropia de un Estado de Derecho, ya que atribuir el ejercicio de estos derechos tan solo al titular de los mismos, conduce a la privación definitiva de estos derechos fundamentales al incapacitado, transformando la incapacitación en una verdadera « muerte civil ».

En realidad, el Código lo que hace es declarar, no que solo el pupilo pueda ejercer estos derechos, sino que el pupilo podrá realizarlos directamente si posee capacidad natural, grado de discernimiento y madurez, suficiente para realizarlos por sí solo. Solo, de esta forma, la incapacitación adquiere su verdadera naturaleza jurídica como medio de igualar social y jurídicamente al discapaz con el capaz, de complemento de derechos más que de limitación de los mismos.

La incapacitación jurídica va dirigida a facilitar la actuación del incapaz en el mundo jurídico de la misma forma y con las mismas garantías que si estuviera en condiciones de actuar con total capacidad. No es una forma de limitar o de disminuir más las posibilidades de actuación de los discapacitados, sino de igualar las mismas a las de las demás personas.

El Derecho, y así lo demuestra la problemática comentada, es también un arma para recuperar para los discapacitados la dignidad que nunca debieron ver cuestionada.

V.– Novedades de la ley sobre igualdad de oportunidades.

Este apartado lo desarrollamos más adelante.

VI– Grandeza y servidumbre de la ley de autonomía personal y dependencia.

Para el desarrollo de este apartado nos remitimos al siguiente trabajo.

VII.– Un último paso en el avance de la discapacidad como problema de derechos humanos. La convención de la onu sobre los derechos de la persona con discapacidad.

El último paso jurídico en la evolución del concepto de discapacidad se encuentra en la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 por lo que posee efectos legales plenos en nuestro país. En la misma se reconocen a las personas discapacitadas un importante elenco de derechos y se establecen los mecanismos para que estos derechos sean iguales a los de las personas que carecen de algún tipo de discapacidad.

No vamos a estudiar ahora en profundidad la misma pero si queremos repetir que declarar un derecho no es suficiente para que el mismo prevalezca. Es necesario que el mismo pueda ser exigido con fuerza coactiva a las personas o entidades que deben facilitar su ejercicio. No basta con predicar el derecho sino que debe existir la posibilidad de acudir a los organismos que tienen responsabilidad sobre los mismos para que aseguren su ejercicio. Y en nuestra sociedad el último eslabón de esa cadena es precisamente el acceso a los Tribunales de Justicia para que estos corrijan las conductas desviadas que impidan la verdadera realidad del derecho reconocido.

Por ello, hay que tener en cuenta que la discapacidad afecta también a la forma en la que la persona se relaciona con la Administración de Justicia por lo que procede llevar a cabo los ajustes razonables que permitan dicho acceso en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos.

Este es el punto de partida del artículo 13 CONUDPD que textualmente expone:

«1. Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario».

Este artículo es preciso ponerlo en relación con los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la misma Convención en cuanto expone:

«3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

Solamente si dotamos a la justicia de la espada podrá hacer efectiva la igualdad que supone la balanza. Frente a lo que parece indicar la mitología la justicia no puede ser ciega. Tiene que ver, tiene que distinguir, porque la igualdad pasa por tratar igual a los iguales, pero también por tratar de forma desigual a los desiguales. El Estado y la sociedad deben desactivar la desigualdad que se basa en las diferencias permitiendo una vida plena a todos sus ciudadanos, apoyando a aquellos que necesitan apoyo. Solamente así la justicia será, como ya decía Ulpiano, « vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo que es suyo».

3.– EL DERECHO SUBJETIVO A LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DEPENDENCIA.
¿ESTA GARANTIZADO?

3.— EL DERECHO SUBJETIVO A LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DEPENDENCIA. ¿ESTA GARANTIZADO?

I.— Prefacio pesimista de un optimista patológico.

Decía Iering en la primera página de ese libro maravilloso que todos debemos leer de vez en cuando titulado *«La lucha por el derecho»* que *«todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que se resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho y en la otra la espada, con la que lo mantiene. La espada sin balanza es la violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho. Ambas van juntas, y un estado jurídico perfecto impera sólo allá donde la fuerza con que la justicia mantiene la espada, equivale a la pericia con que maneja la balanza. Derecho es trabajo incesante, no sólo del poder del Estado, sino de todo el pueblo»*.

En este estimulante párrafo el gran romanista reflejaba como el derecho, en su doble vertiente (derecho objetivo—derecho subjetivo, norma—facultad), no existe si el mismo no puede ser exigido con fuerza coactiva a las personas o entidades que deben facilitar su ejercicio. De esto sabe mucho el mundo de la discapacidad ya que, pese a las importantes declaraciones programáticas existentes de igualdad y eliminación de obstáculos (artículos 9–2º, 14, 49, 50 de la Constitución, Ley de Integración Social de los Minusválidos, etc), ha visto como pasaban los años sin que, en muchos de los casos, se cumplieran los preceptos orientados a facilitar la integración social y laboral de las personas que padecen situaciones discapacitantes.

La llamada Ley de dependencia (como sabemos Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia) ha sido esperada y recibida por muchos, y así ha sido presentada por el mundo político (de nada más y nada menos que de cuarto pilar del estado del Bienestar – los otros tres serían la educación, la sanidad y el sistema universal de pensiones– ha sido calificada como si viniera a completar una mesa hasta ahora incompleta) como la panacea de todos los problemas del mundo de la discapacidad, pero en los que trabajamos en este maravilloso mundo (por lo que de reto supone en el combate contra el sufrimiento y por los derechos humanos) no deja de aletear la sensación de que el mundo de la discapacidad no va a mejorar lo que debiera y que, mucho menos, lo va a hacer ahora.

Y no nos referimos a la entrada en vigor de la protección escalonada hasta el 2015 (disposición final primera de la ley), ni a la llamada a la existencia de desarrollos reglamentarios y legislativos en los que están implicados todos los niveles territoriales (estatal, autonómico y local); ni siquiera al anuncio de nacionalistas catalanes y vascos de impugnar la ley ante el Tribunal Constitucional por invadir sus competencias o a la, nada desdeñable, posibilidad de que existan diferencias de prestación entre la España pobre y la España rica, entre la España urbana y la España rural, entre el dependiente rodeado de apoyos familiares y sociales informales y el dependiente desamparado y abandonado a su suerte.

Entiéndasenos. Es cierto que el peso de la dependencia lo han soportado hasta hoy las familias casi en solitario, pero eso no justifica la exclusión de las familias de las responsabilidades que les son propias. Hay quien dice que esta ley suprime de hecho el derecho a alimentos (ejemplo clásico de solidaridad familiar que habría que revitalizar, no limitar, y ello por motivos de moralidad pública y de formación en valores) y algo de eso hay cuando se limita el copago a la capacidad económica personal del beneficiario dependiente sin tener en cuenta la capacidad de su entorno familiar directo cuando esto debería haberse considerado, si bien permitiendo la posibilidad de los organismos públicos de reclamar directamente a los familiares el exceso que ello provocaría para evitar los problemas de conciencia de las personas dependientes que evitan que demande a sus familiares. Máxime cuando, como en todo, los recursos son limitados. Ello puede crear una situación en que familias con un importante patrimonio económico y un escaso aporte a la persona dependiente abonen menos, y dependientes sin familia que le apoye y un cierto patrimonio abone relativamente más. Incluso esto puede dar lugar a fraudes a través de la cesión de bienes a los familiares directos para evitar una mayor capacidad económica.

A mi entender la ley debería haber incluido mecanismos privados de participación de padres, hijos y hermanos en la atención al dependiente incardinados en dicho deber de alimentos o en otros institutos de derecho privado como el contrato de renta vitalicia. No desconozco la postura contraria de diversas asociaciones, como el Foro de Vida Independiente, a lo que estoy indicando, abogando por una cobertura total en base a la aportación pública para evitar un perjuicio para las clases medias que considera serían las más afectadas, así como, evitar descapitalizar al dependiente. Pero una justa redistribución de la riqueza debería garantizar que los recursos (que, como ya hemos afirmado, son limitados) se empleen racionalmente sin que se excluya a nadie del sistema por sus ingresos pero sí garantizando un copago progresivo. Otra cosa sería la búsqueda de un sistema de financiación vía impuestos, como propone el Foro indicado anteriormente, o vía integración en la Seguridad Social tal como ocurre con el modelo alemán, como propone el CERMI, ya que, en ese caso, la progresividad vendría por un correcto sistema impositivo, aunque la realidad es que este es cada vez más regresivo.

Por ello, es fundamental ver por dónde irá el desarrollo reglamentario para saber si el sistema será útil, y ello, porque se deja mucho en manos de este desarrollo reglamentario lo que no deja de ser criticable. El mismo determinará las bases del reconocimiento del derecho y del copago, de gran importancia, entre otras. Habrá que ver si de las reuniones del Consejo Territorial del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales ha anunciado que la primera reunión se celebrará el 22 de enero) se garantiza el acceso universal al sistema con independencia de los recursos, la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso al mismo y en la igualdad de protección en condiciones iguales en cualquier punto del territorio nacional, así como un sistema ágil y flexible de acceso que no convierta el mismo en una carrera de obstáculos.

Lo indicado no quiere decir que la Ley no tenga aspectos positivos, sino que creo que hay que ser prudentes y ver cómo se van desarrollando los primeros tiempos para hacerse una verdadera opinión de la misma y ver si queda o no en pólvora mojada.

Ahora bien, de lo que no cabe duda, es que la ley reconoce un derecho universal en materia de asistencia y apoyo a la dependencia ajena a las limitaciones presupuestarias y a la capacidad económica del afectado. Un derecho, además, que se configura como un derecho subjetivo (artículo 1 de la Ley), lo que tiene como consecuencia ineludible el que deja de ser graciable (como hasta ahora) y puede ser exigido ante los Tribunales de Justicia e impuesto por estos a las Administraciones Públicas (artículo 4-2º j de la LPAPAD). Se concede la espada de la justicia, donde hasta ahora solo estaba la balanza.

Ahora bien, para que esa universalidad sea efectiva se tienen que dar dos requisitos:

- por un lado, nadie podrá ser excluido del sistema por motivos económicos.
- por otro, nadie podrá serlo por motivos presupuestarios.

Por ejemplo, hoy en día todas las comunidades autónomas tienen un sistema de atención social para personas mayores mediante el cual –si reúnen unos requisitos– pueden acceder, por ejemplo, a una plaza en una residencia pública con un determinado nivel de copago. Ahora bien, si la persona tiene muchos recursos económicos, ve denegada su solicitud y debe acudir a la vía privada para obtener su servicio. Del mismo modo, cuando la administración ha agotado el presupuesto asignado a un programa deja de otorgar nuevas ayudas. Por ello no estamos ante un sistema universal.

Para que sea así, debe ocurrir como en el sistema sanitario en que todos (con independencia a nuestra capacidad económica) podemos acceder al mismo. Quizás nos pongan en una lista de espera, pero nunca nos denegarán un tratamiento porque se haya agotado el presupuesto. Esa es la diferencia entre un derecho universal y otro que no lo es.

El hecho de que se pague por el servicio una parte del coste calculada en relación con la capacidad económica no afecta a su carácter universal. Ahora bien, este sí se ve directamente afectado cuando la capacidad económica o la ausencia de la misma supone una limitación de acceso al servicio.

Durante la gestación legal se ha dicho, en muchas ocasiones, que el Sistema Nacional de Dependencia nunca dejará fuera a una persona dependiente por falta de recursos económicos. Pero lo cierto es que el verdadero problema no está tanto en las personas dependientes sin recursos (atendidas, hoy día, por los servicios sociales autonómicos), sino en la gran clase media que tiene una pensión suficiente para quedar fuera de la protección pública pero no para poder pagarse de forma privada una atención a la dependencia que precisa sin proceder a su total descapitalización o aún con ella.

En un sistema que se tenga por universal, el criterio de acceso debería ser únicamente el de dependencia, dejándose el de capacidad económica para la determinación del copago. Ya que el baremo, los criterios de acceso, la intensidad de la atención de los servicios o el nivel de copago sólo se conocerán una vez los acuerde el Consejo Territorial del SND hoy es imposible hacer una valoración correcta de las características del sistema.

Como vemos, son muchas las cuestiones oscuras que presenta, a día de hoy, la Ley de Dependencia. Ahora bien, de lo que no cabe duda es que su configuración como derecho subjetivo universal supone, necesariamente, su posibilidad de exigir a las Administraciones Públicas involucradas su cumplimiento ante los Tribunales.

La Ley provoca, como elemento fundamental, un importante cambio en la posibilidad de reclamación judicial de los derechos emanados de la misma. Recordemos que la Constitución en cuanto a los principios rectores de la política social y económica (Título I, Capítulo III), establece el régimen del artículo 53-3º CE. Establece dicho precepto que los mismos *«informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»*, pero que *«solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»*.

Esta remisión a las leyes de desarrollo ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a sostener que no existe una garantía constitucional directa de los derechos sociales. Su eficacia y, por tanto, su exigibilidad ante los tribunales, depende de lo que establezca en cada caso el legislador. Por ello, es tan importante el cambio de orientación que ha dado el legislador que podemos concretar en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU). La misma, con fundamento en los artículos 9-2º, 10, 14 y 49 de la Constitución incorpora al ordenamiento español una nueva concepción de los derechos de los ciudadanos con discapacidad, a los efectos del disfrute pleno de los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos.

Pero también esta posibilidad de acudir a los Tribunales es confusa. Porque ¿ante que jurisdicción? ¿Por qué procedimiento? ¿Quién estaría legitimado para hacerlo? A tratar de reflexionar sobre estas cuestiones, como base de un intercambio de ideas va dirigido este trabajo.

II.– La ley de dependencia.– Su ubicación dentro de las distintas ramas del derecho como primer paso para determinar la jurisdicción a la que pertenece²³.

Muchas de las cuestiones antes indicadas se aclararían si la atención a la dependencia se hubiera configurado como una nueva prestación del Sistema de Seguridad Social, al igual que se ha realizado en algunos Estados de la Unión Europea, pero sin perder de vista que se trata de prestaciones cuyas competencias han sido en gran medida traspasadas a las Comunidades Autónomas y que éstas han iniciado también un proceso de descentralización hacia las Corporaciones Locales.

Esto parece no haber sido así, habiéndose establecido un sistema nuevo de carácter administrativo lo que se deduce, entre otras razones, de la dicción de los siguientes artículos:

- Ya la exposición de motivos de la ley, en su apartado 2, si bien no desconoce las relaciones de la misma con el Sistema de Seguridad Social, ubica la misma, fundamentalmente, en el campo de los servicios sociales lo que la sitúa en el ámbito del Derecho Administrativo. Tengamos en cuenta que el Sistema Nacional de Dependencia atrae y unifica aspectos de los Servicios Sociales con algunos asignados hasta ahora a la Seguridad Social, lo que, a nuestro entender, supone, una cierta «administrativización» de estos.
- La atención a la dependencia, y así lo recoge la exposición de la ley como base de la misma, se ubica en los artículos 49 y 50 de la Constitución Española, regulándose la Seguridad Social en el 41.
- Otro dato que refleja esta ubicación fuera de la Seguridad Social se encuentra en la estructura del sistema. Y ello porque el artículo 149-1º-17ª de la Constitución establece la competencia exclusiva del Estado en lo que hace referencia a la legislación básica y régimen de la SS, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CCAA. Por el contrario, los Servicios sociales se asignan a estas en el artículo 148-1-20ª de dicho cuerpo legal habiéndose ratificado dicha asignación en todos los Estatutos de Autonomía. En Andalucía, por ejemplo, el órgano concreto es la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, ya que el Estatuto de esta comunidad en su artículo 13-22º, vigente aún,

²³ Esta parte se encuentra modificada ya que el actual artículo 2 letra o de la Ley de la Jurisdicción Social 36/2011 de 10 de octubre ha trasladado a la jurisdicción social estas cuestiones tal como desde el principio abogamos nosotros.

considera competencia de la misma la asistencia y los servicios sociales, lo que se recoge también en el artículo 61-1º de la reforma todavía pendiente de referéndum. La Ley de Dependencia hace descansar la mayor parte del Sistema en un régimen de cooperación del Estado y CCAA con una importante intervención de estas lo que no podría darse con una competencia exclusiva lo que ocurriría en el caso de ubicar la atención a la dependencia en el ámbito de la Seguridad Social.

- El artículo 3 o) de la LPAPAD establece, como principio general del sistema, la integración de las prestaciones establecidas en el mismo en las redes de servicios sociales de las CCAA en el ámbito de las competencias que tienen asumidas.

- El artículo 14-2º LPAPAD que establece « los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados».

- El artículo 28-1º LPAPAD que somete la tramitación del reconocimiento del derecho a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Todas estas apreciaciones nos hacen decantarnos sobre la naturaleza puramente administrativa de las resoluciones del Sistema Nacional de Dependencia lo que conlleva la asignación del control judicial de este a la jurisdicción contencioso-administrativa. No cabe ubicarlo en la jurisdicción social ya que esta solo conocería en el caso de que el mismo se ubicara en el Sistema de la Seguridad Social (artículo 2 b del RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995).

No es esta la solución que nosotros hubiéramos preferido. Ya hemos visto la decisiva postura del CERMI por la ubicación del régimen emanado de la nueva ley en el ámbito de la Seguridad Social. En igual sentido se manifiestan otros sectores. Así, la Confederación Española de Organizaciones de Mayores (CEOMA) consideró en su Informe de 14 de febrero de 2006 que la no inclusión del Sistema dentro de la Seguridad Social *«hace que toda la arquitectura del proyecto se resienta de una gran debilidad»*. De igual forma se manifiesta la Asociación Española de Abogados Laboralistas en su Congreso reclamando que la nueva prestación sea una cobertura de la Seguridad Social para garantizar las prestaciones y que sea la Jurisdicción Social la que conozca de los conflictos en esta materia. Tampoco el Consejo de Estado veía con malos ojos esta inclusión en la Seguridad Social del Sistema Nacional de Dependencia, incluso en su informe al Anteproyecto de Ley afirma que *«dada la evolución de la concepción del sistema de Seguridad Social y, en general, el desarrollo de los sistemas de protección social en los países de nuestro entorno, no ha de descartarse que en el futuro algunas de las prestaciones previstas en el Anteproyecto sometido a consulta puedan pasar a integrar el ámbito de protección proporcionado por el sistema de la Seguridad Social»*.

La competencia del Estado en materia de Seguridad Social reforzaría, sin duda, las competencias estatales, dando una mayor coherencia al Sistema y garantizando la igualdad con independencia del lugar de residencia. Recordemos que la Seguridad Social ha superado su concepción de sistema contributivo y de cobertura de riesgos y contingencias una vez se introdujeron en las mismas las pensiones no contributivas por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre en cumplimiento del principio rector contenido en el artículo 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos.

El fundamento de este tipo de prestaciones, según el Tribunal Constitucional en su sentencia 65/1987, de 21 de mayo, se encuentra en la configuración del régimen público de la Seguridad Social como una función de Estado destinada a garantizar *«la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad [lo que] supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias»*.

Estas prestaciones no contributivas se constituyen como un derecho subjetivo de todos aquellos que cumplan los requisitos legalmente exigidos que los convierte en pensionistas de la Seguridad Social, con la posibilidad de recibir no sólo una aportación económica, sino también, asistencia médico-farmacéutica y servicios sociales. Además son financiadas directamente por vía impositiva (artículo 86 de la Ley).

Si bien, las prestaciones derivadas de la Ley de Dependencia no serían principalmente económicas, como ocurre con las prestaciones no contributivas y la cobertura de la situación de dependencia no va en función de la situación económica del solicitante (que solo puede tenerse en cuenta para determinar el nivel de copago),

sino de su necesidad derivada de su estado físico o mental, esto no tiene por qué convertirse en un obstáculo para incluir a las prestaciones por dependencia, dentro del sistema no contributivo de la Seguridad Social. Su naturaleza universal y su objeto pueden justificar, perfectamente, esta opción. La misma es conforme a la doctrina constitucional, jurídicamente viable, y presenta, además, la indudable ventaja de reforzar la competencia del Estado, con base en el artículo 149-1º-17 de la Constitución, habiendo evitado el riesgo, al parecer real, de recursos de constitucionalidad por invasión de competencias por parte de determinadas CCAA.

Muy interesante es la aportación que realiza en esta materia la Comisión Multidisciplinar sobre Discapacidad y Dependencias del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, a la que pertenece nuestro compañero Fernando Santos Urbaneja, en su Informe sobre el Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Tras indicar la importancia de la financiación para llevar adelante la ley y manifestar que la solidez del Sistema Nacional de Dependencia se basará en su solvencia económica y en la eficacia y eficiencia de su gestión, exponen el llamado modelo alemán de atención a la dependencia, que también la ubica en la Seguridad Social, y considera el modelo a seguir. Expone así este sistema el documento:

«En Alemania, como fruto de la concertación social entre todos los interlocutores sociales (Administración, empresarios, trabajadores, colectivos de afectados...), la financiación de la cobertura de la dependencia de sus ciudadanos se realiza mediante una cotización a la Seguridad Social del 1,7% de los salarios brutos sujetos a cotización, y por una aportación de los empresarios de igual importe. El proceso negociador hizo que los trabajadores «sacrificaran» un día de sus vacaciones anuales retribuidas para así poder contribuir con su trabajo a incrementar el PIB alemán, y de esta forma asegurar la financiación de un buen modelo de atención a la dependencia, que habría de cubrir eventuales situaciones de necesidad a las que todos estaban expuestos».

A pesar de lo indicado se ha optado por un sistema nuevo, ajeno al de la Seguridad Social, por lo que, no cabe duda, de que la jurisdicción natural a la que acudir en busca del cumplimiento de esta ley es la contencioso-administrativa, sin perjuicio de las actuaciones de atención urgente e inmediata que pudieran proceder del ordenamiento civil vía artículos 158 y 239-3º del Código Civil o 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que hacen referencia a medidas de protección urgentes y cautelares.

Esta atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa casa poco y mal con las necesidades de urgencia y celeridad en la resolución de conflictos en materia social, que puede encontrar una vía rápida en el antiformalista proceso jurisdiccional social.

Aunque una parte de ésta problemática ha desaparecido con la creación de los juzgados de lo contencioso en 1ª instancia, la no desaparición de la postura excesivamente formalista de interpretación judicial del procedimiento en el ámbito contencioso y el colapso de los juzgados de esta jurisdicción puede dar lugar a un cierto retraso en la solución de los recursos presentados en materia de protección a la dependencia.

III.— Algunas indicaciones sobre el objeto recurrible y el procedimiento a seguir.

Varias son las resoluciones establecidas en la Ley que estamos comentando que pueden terminar cuestionadas en los Tribunales. Podemos destacar:

- 1.— Resolución en que se valora la dependencia por el órgano que establezcan las diferentes CCAA (artículo 27-1º LPAPAD).
- 2.— Resolución de la Administración Autonómica de reconocimiento de la situación de dependencia y de determinación de servicios y prestaciones (artículo 28-3º LPAPAD).
- 3.— Resolución que determina la cantidad del copago (artículo 33 LPAPAD) No consta en la Ley cual será la entidad responsable aunque creemos que, de la filosofía general de la LPAPAD, se desprende que serán las CCAA.
- 4.— Resoluciones que impongan sanciones derivadas de la ley (Titulo III LPAPAD).

En este último apartado debemos tener en cuenta el artículo 47 LPAPAD que regula las competencias sancionadoras, lo que luego deberá tenerse en cuenta para determinar las competencias judiciales. Así, tras encomendar a las Comunidades Autónomas el desarrollo del cuadro de infracciones y sanciones, indica que la incoación e instrucción de los expedientes sancionadores, así como la imposición de las correspondientes sanciones, corresponderá a cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias.

Posteriormente, la ley establece que órganos de la Administración central del Estado serán competentes en el caso de que corresponda a esta la facultad sancionadora, dejando para las diferentes regulaciones de las CCAA la determinación de los órganos en el caso de estas. En concreto, la ley establece como competentes:

- a) El titular de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones leves.
- b) El titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones graves.
- c) El titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones muy graves.
- d) El Consejo de Ministros cuando las sanciones sean de cuantía superior a 300.000 euros o en los supuestos de cierre de la empresa o clausura del servicio o establecimiento.

En todos los casos indicados anteriormente los procedimientos a seguir serán los ordinarios establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) 29/1998 de 13 julio. Así, de conformidad con el artículo 78-1º LJCA, se tramitarán por el abreviado los recursos jurisdiccionales cuya cuantía no superen los 13.000 euros.

El resto de los asuntos de cuantía superior o indeterminada se sustanciarán por el procedimiento ordinario. En cuanto a la cuantía, y de acuerdo con el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, viene definida por el valor económico de la pretensión que es objeto del recurso. Se entiende indeterminada cuando tal pretensión no es susceptible de evaluación económica o siendo de cuantía económica, se acumula a otra/s que no lo son. Creemos que este será el caso más habitual por lo que el procedimiento a seguir será habitualmente el contencioso ordinario.

Todo ello sin perjuicio de que pudiera acudir al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales en aquellos casos en que pudiera considerarse afectado el derecho a la igualdad del artículo 14 CE (114 a 122 LJCA), si bien estos casos serán muy limitados. Veamos ahora algunos aspectos de interés de estos procedimientos:

A.— Legitimación.

La LPAPAD establece en su artículo 4-2º j) que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a « iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley (...). En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal ».

El artículo 28, a su vez, al regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, indica que el mismo se iniciará « a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley ».

Es evidente, por ello, que estarán legitimados para acudir a los Tribunales el interesado (entendiendo por este la persona afectada por la dependencia) o persona que lo represente en el caso de que el mismo sea menor de edad o haya sido incapacitado y proveído de representante legal (tutoría o patria potestad prorrogada o rehabilitada). En el caso de los tutores estos necesitarán autorización judicial para interponer la demanda, salvo en casos de escasa cuantía o en asuntos urgentes (artículo 271-6º CC).

El problema se presenta en los casos en que el dependiente no haya sido incapacitado, o habiéndolo sido carezca aún de representante legal. En estos casos deberá completarse la capacidad de la forma que veremos posteriormente, si bien podemos preguntarnos, asimismo, si será posible que la demanda la presente el guardador de hecho por ir esta en beneficio del discapaz y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 304 CC. No vamos a insistir aquí en la problemática relativa al guardador de hecho que ha sido ya tratada en múltiples Jornadas de Aequitas, pero si queremos dar una serie de ideas por las cuales entendemos posible la legitimación para estos casos del guardador de hecho.

Indudablemente, el interés de la persona incapaz de hecho dependiente se encuentra en que se valore su dependencia de forma ajustada y que se establezcan los mecanismos de atención adecuados para esa de-

pendencia. Ese interés exige la máxima flexibilidad, lo que está reñido con rigideces formales, por lo que si la demanda se presenta por quien posee interés legítimo (y sin duda el guardador de hecho, generalmente un familiar directo cuidador, lo tiene) debe admitirse aunque no esté legitimado estrictamente por la ley.

La posibilidad de que el guardador de hecho solicite las prestaciones de carácter social en la vía administrativa no es algo desconocido en nuestro derecho. Así se contempla esta figura en diversas legislaciones comunitarias. Desde nuestro punto de vista, sería un contrasentido el permitirles el iniciar el procedimiento administrativo de concesión de la ayuda o del recurso social y luego no permitirles acudir a los Tribunales en defensa de los derechos de la persona discapacitada en aquellos casos en que sus derechos pudieran verse conculcados.

Añadamos que en el Boletín Oficial de las Cortes Generales 24 de noviembre de 2006 publica el proyecto de ley de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad en la que se da un paso adelante en la búsqueda de garantías para la utilización y el desarrollo de la guarda de hecho.

Así el apartado dos de la reforma que modifica el artículo 38 de la Ley del registro civil indica que « *A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias (...):*

6.º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz».

Fue, precisamente, en las anteriores Jornadas celebradas por Aequitas en Granada (IV Jornadas celebradas el 23 y 24 de octubre de 2003) cuando nosotros mismos propusimos la centralización en la Dirección de los Registros y el Notariado (al igual que ocurre, por ejemplo, con el Registro de Últimas Voluntades) de un Registro en el que se inscribieran todas las sentencias de incapacitación con el alcance de las mismas y la persona que esta nombraba para el órgano protector correspondiente. Decíamos, entonces, que esta centralización facilitaría la seguridad de la contratación con incapaces contribuyendo a su incorporación a la vida jurídica en condiciones de igualdad con las personas totalmente capaces, lo que es uno de los fines últimos de la institución protectora que supone la incapacitación. En aquellas Jornadas esta propuesta no se recogió en las Conclusiones lo que si se hizo dos años después en las Jornadas de Madrid y, fundamentalmente, Bilbao celebradas en febrero de 2006.

Volviendo al tema de la legitimación indicar que, además, el artículo 19 LJCA concede legitimación en este orden a «*las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo*»

En el mismo sentido, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 68 establece que el procedimiento puede iniciarse a instancia de persona interesada, recogiendo el concepto de interesado el artículo 31 entre los que se incluyen «*quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos*».

El problema se encuentra entonces en delimitar si el guardador de hecho tiene dicho derecho o interés legítimo. Nosotros creemos que indudablemente, ya que si no se entendería que se les permita solicitar la prestación como ya hemos visto con anterioridad. Añadamos que al familiar cuidador le interesa la concesión de la ayuda para la dependencia y entendemos que así se contempla en la filosofía de la nueva ley.

En cuanto al Fiscal la ley no contempla su legitimación, pero podemos preguntarnos si esta es posible en aquellos casos en que el discapaz se encuentra en una situación de total desamparo por carecer de representación legal necesiéndola o, aún teniéndola, por su entorno económico y social presente especiales dificultades para poder ejercitar las acciones que la ley le permite. Nosotros creemos que en este último caso, y de forma excepcional, el Fiscal podría intervenir en su misión de protector de las personas más necesitadas (artículo 124-1º CE y 3-3º y 7º EOMF) , si bien su intervención sería en general fuera de esta ley, dotando de representación legal al discapaz a través del nombramiento de un defensor judicial como veremos al hablar de la capacidad.

B.– Capacidad.

El artículo 24 de la Constitución, al recoger el derecho de los ciudadanos a la plena tutela judicial de sus intereses, no introduce ninguna distinción por razón de la discapacidad. Debido a ello los requisitos para

poder actuar ante un órgano judicial son los mismos para las personas que tengan alguna discapacidad como para las que no la tengan.

El artículo 18 LJCA se remite para determinar la capacidad a lo establecido en la LEC con la única excepción de los menores de edad a los que considera capaces para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Ahora bien, la capacidad procesal solo la concede la ley a aquellos que se encuentran en el pleno uso de sus derechos civiles. Por ello el incapacitado plenamente no la posee en principio. En el caso del incapaz dependerá de lo dispuesto en la sentencia de incapacidad, y si esta no especifica nada en el caso de ser la incapacidad limitada, y estar por ello sometido a curatela, la relación de los artículos 290 y 271-6º CC hace que pueda interponer demanda pero asistido por el curador. En el caso de tutela, el tutor con la autorización judicial establecida en el artículo 271-6ª CC demandará en nombre del pupilo discapacitado.

La nueva LEC, establece (artículo 7) que:

- «1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.*
- 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del párrafo anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.»*

El artículo 8 al tratar de la integración de la capacidad procesal dispone que:

«1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente le represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.»

En los casos en que el incapaz puede comparecer por si mismo puede designar Abogado y Procurador y solicitar la justicia gratuita. En el resto, si carece de persona que le represente, deberá solicitar al Juez que le nombre un defensor judicial que puede ser el mismo Letrado que deseen designar. Esto lo puede hacer, sin duda, cualquier persona en beneficio del incapaz, e indudablemente el Ministerio Fiscal.

Ello porque estas normas son aplicables a la jurisdicción contencioso-administrativa ya que la LEC es supletoria de la misma (Disposición final primera de la LJCA). Debemos tener en cuenta, además, que al ser el incapaz demandante si este carece de representación legal habrá que habilitarle y nombrarle un defensor judicial por lo que, desde el principio, poseerá representación y no entrara en juego la protección del Ministerio Fiscal.

Así es, ya que debemos tener en cuenta lo establecido en los artículos 1994 a 2001 LEC de 1881, declarados vigentes en la disposición derogatoria 1-1º de la Ley 1/2000 LEC, que regulan el llamado procedimiento de jurisdicción voluntaria de las habilitaciones para comparecer en juicio el menor no emancipado en el que, con audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez autoriza al menor y le nombra un defensor judicial para comparecer en juicio. Entiendo que el mismo es aplicable analógicamente a las personas incapaces para el caso de carecer de representantes legales o existir conflicto con estos.

C.— Justicia gratuita.

Un informe del mes de marzo de 2004, realizado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, tras citar el artículo 24-1º de la Constitución indicaba que *«el recurso a la acción judicial va a ser un instrumento imprescindible para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, especialmente en el ámbito de las discriminaciones. La acción positiva hacia estas personas, derivada del artículo 9-2º de la Constitución y consagrada en el artículo 8 de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, supone compensar desventajas o especiales dificultades a la hora de ejercitar sus derechos.*

Los costes de un proceso judicial constituyen un obstáculo para cualquier ciudadano, más aún cuando quien debe instarlo son personas secularmente marginadas de la vida económica y social y frecuentemente situadas en una posición de desventaja objetiva, independiente de la suficiencia o no de recursos.

Esta situación de desventaja y desigualdad objetiva es asimilable a la de los trabajadores en el orden jurisdiccional social que sí tienen reconocido el derecho a la asistencia gratuita».

A la vista de todo ello ese informe terminaba solicitando una reforma de la justicia gratuita que facilitara el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Esta petición solicitada por el CERMI se ha llevado a cabo por Ley 16/2005 de 18 de julio de reforma de la ley de justicia gratuita 1/1996. El nuevo artículo 5 de la Ley expone:

«En atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que sobre él pesen, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas, y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

En las mismas condiciones señaladas en el párrafo anterior, se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1–2º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés.

En tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué beneficios de los contemplados en el artículo 6, y en qué proporción, son de aplicación al solicitante».

Esto supone que, en estos casos, la persona con discapacidad o sus representantes legales ven ampliadas sus posibilidades de obtener la exención de los gastos necesarios para el acceso a la justicia con el fin de impugnar las resoluciones derivadas de la aplicación de la ley de dependencia.

D.– Competencia.

El problema de la competencia es un problema que aún no puede ser resuelto definitivamente ya que dependerá de los diferentes órganos a los que se atribuya la facultad de tomar las diferentes decisiones establecidas en la ley de dependencia.

No obstante, podemos indicar con cierta seguridad que serán competentes, en general, los Juzgados de lo contencioso–administrativo en primera instancia ya que, según el artículo 8 la LJCA estos conocerán, en primera o única instancia, de « las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses » y « de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las comunidades autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela ».

Las Salas de lo Contencioso–administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia (artículo 10 LJCA) de los recursos que se deduzcan en relación con « los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso–administrativo » y « en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso–administrativo, y de los correspondientes recursos de queja ». Estos organismos conocerán también de todos los casos no asignados a otros órganos de la jurisdicción contencioso–administrativa.

De igual forma conocerán las salas de lo contencioso–administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo en el caso de sanciones impuestas por haberse adoptado la resolución sancionadora por el Ministro o el Consejo de Ministros.

En cuanto a la competencia territorial será competente con carácter general el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de sanciones será competente, a elección del demandante, el Juzgado o el Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.

IV.– Reflexión final.

Poco más podemos decir a día de hoy sobre la posibilidad judicial de reclamación en el caso de derechos derivados de la nueva Ley de dependencia. La Ley, hoy por hoy, es como « un melón sin abrir ». Ha despertado muchas esperanzas, pero no sabemos sin colmar las grandes expectativas que ha provocado.

No obstante, la ley posee dos elementos de gran interés. El primero el que es un hito más en el avance del reconocimiento de la discapacidad como un problema social imbricado en el reconocimiento de los derechos humanos. El segundo que configura los derechos de atención a la dependencia como derechos exigibles abandonando su, hasta ahora, mero carácter programático.

Sin duda debemos felicitarnos por ello.

B.– DERECHO Y ENFERMEDAD MENTAL.

4.– LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS ENFERMOS MENTALES COMO BASE PARA SU REHABILITACIÓN.

B.– Derecho y enfermedad mental.

4.– LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS ENFERMOS MENTALES COMO BASE PARA SU REHABILITACIÓN.

1.– Las instituciones jurídicas son también un medio de suprimir barreras.

El desarrollo personal del ser humano no conoce límites. La persona que padece una enfermedad mental tampoco los conoce. Por solo poner unos cuantos ejemplos de los que Vallejo–Nájera llamó «*locos egregios*» que son puntales de nuestra memoria cultural e histórica:

- En el arte el pintor Vincent van Gogh, psicótico que tuvo que ser internado en el sanatorio de Saint–Remy.
- En la religión San Juan de Dios, el Juan Ciudad que tras ser ingresado en un manicomio de Granada fundó la Orden Hospitalaria que lleva su nombre tras comprobar las condiciones de los atendidos allí.
- El matemático Jhon Nash, Premio Nóbel de Economía en 1994 por su teoría del equilibrio, que fue internado varias veces debido a su esquizofrenia y cuya vida inspiró la película «*Una mente maravillosa*» ganadora de varios Oscar, y que refleja perfectamente como el apoyo familiar y social, y el deseo de vivir puede permitir una vida completamente normalizada del enfermo.
- El músico Mozart, aquejado de depresión y tantos otros.

Artistas, santos, científicos. Enfermos mentales. Hombres y mujeres que pueden llegar donde quieran con un poco de apoyo y de comprensión. Seres humanos con el principal derecho que tenemos todos y que, sorprendentemente, no es recogido en nuestras constituciones, aunque si lo sea en el preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 el de buscar la felicidad. Es sintomático que el primer sanatorio psiquiátrico europeo sea el de Nuestra Sra. de los Inocentes de Valencia, fundado en 1409 por Fray Juan Gilabert Joffre, tras ver como unos jóvenes se burlaban de un pobre enfermo de locura. Seres inocentes son sin duda, con la misma capacidad que los demás para ser felices o desgraciados, y que precisan del apoyo contra las barreras que su enfermedad les impone.

Y en esa lucha puede apoyarles el derecho. En el mundo de la discapacidad –sea esta física, sensorial o psíquica– se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte. La incapacidad no puede considerarse como nulidad. La institución jurídica de la incapacitación y el ejercicio de los mecanismos de protección derivados de la misma son la aportación jurídica a la supresión de barreras. Son, una y otros, la prótesis que nos va a permitir andar cuando hemos perdido una pierna. La incapacitación no es una muerte civil, ni una forma de controlar, como invisibles correas o rejas, al discapaz. Es una forma de protegerlo y de permitirle intervenir en la vida jurídica como si no existiera la discapacidad a través de sus tutores, curadores o padres. Se trata de ayudar al discapaz de la forma más conveniente y útil para que, como persona, pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. La incapacitación es la llave que abre las cadenas, la prótesis o la muleta que nos permite andar, la ayuda que necesitamos para proteger a nuestro familiar. Por ello, se ha dicho que el procedimiento de incapacitación es la primera institución social de derecho privado y una de las mas importantes manifestaciones del Estado social de Derecho. Y ello pese a las concepciones que consideran que, dada la poca flexibilidad de la Administración de Justicia para la adopción de medidas, el proceso de incapacitación se transforma en un fardo para el proceso de rehabilitación psicosocial del enfermo mental. Desde las Secciones de Protección a las Personas con Discapacidad andaluzas llevamos mucho tiempo pidiendo a las asociaciones de afectados y a los familiares que le den una oportunidad al derecho. Este no va a solucionarlo todo, no tiene todas las respuestas, ni hará desaparecer el problema. Todos sabemos que los enfermos mentales necesitan tratamiento médico, pero también una profunda intervención social y, por qué no, una intensa protección jurídica de sus derechos

y de los riesgos que, en la vida legal y social, su situación genera. Nosotros tenemos muy claro la máxima de Hipócrates dirigida a los médicos: «*Si puedes curar, cura; si no puedes curar, palia; si no puedes paliar, escucha*». Kant decía que la locura (y perdón por usar una palabra cargada de connotaciones negativas) consiste en la sustitución del sentido común por el sentido propio. Por eso nos es tan difícil entenderla e incluso nos da tanto miedo. Pero para entender tenemos que escuchar a los que viven y sufren el problema. Tenemos que acercarnos a ellos.

Esta protección jurídica del enfermo mental se exige por la Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 22 de septiembre de 2004 referente a la protección de los derechos humanos y de la dignidad de las personas con enfermedad mental. Es conveniente destacar los artículos 6 y 7 que indican la necesidad de que los pacientes mentales tratados o internados deban ser informados sobre sus derechos y que puedan tener acceso a una persona competente, independiente del servicio médico mental, que les ayude a ejercitar dichos derechos, así como la obligación de los estados de establecer mecanismos para su protección, cuando carezcan de capacidad, tanto para evitar ataques a sus derechos personales como para la defensa de sus intereses económicos. Entendemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, el órgano competente independiente es, precisamente, el Ministerio Fiscal.

No hace mucho el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha declarado el año 2005 como Año Andalúz de la Salud Mental, tenemos en marcha un nuevo Plan Integral de Salud Mental en nuestra Comunidad, tenemos la obligación de que estos dos hitos nos sirvan para hacer una segunda reforma psiquiátrica que complete los recursos que la primera dejó en el camino y que son imprescindibles para la rehabilitación psicosocial del enfermo mental y para el correcto funcionamiento de una verdadera psiquiatría en la comunidad que no haga descansar el 100% de la misma en las familias y no haga que muchos (familiares y profesionales) tengamos nostalgia de esos depósitos carcelarios en que se convirtieron los manicomios.

La problemática jurídica del enfermo mental es suficientemente amplia como para esbozar en tan escaso margen de tiempo. No obstante, tratamos de exponer los puntos que nos parecen fundamentales.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 constituyó el hito detonante de un importante cambio de rumbo. La situación personal de los deficientes y de los enfermos mentales dejó de ser una cuestión meramente individual y familiar y se transformó en un asunto de importante calado social. El artículo 49 de nuestra Carta Magna nos sitúa ante un nuevo punto de partida al indicar que

«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

Esto supone partir del respeto a la personalidad del incapaz y al libre desarrollo de la misma de igual forma que la que se otorga al resto de los ciudadanos.

Pasamos así a una orientación integradora y que busca, no tanto la muerte civil del discapacitado, como su desarrollo personal e integración, total y completa, en la sociedad. El derecho reconoce a la persona con discapacidad la misma dignidad y derechos que al resto de los miembros de la sociedad en condiciones de igualdad. Pero esta igualdad no puede olvidar las propias diferencias del discapacitado, ya que este parte de una desigualdad práctica. Por ello, el mismo debe ser titular de un trato específico que le otorgue una especial protección y facilite su inserción e intervención activa en la sociedad a la que pertenece. La discapacidad supone deficiencia de algo, limitación, y las instituciones jurídicas deben dirigirse hoy a compensar o completar una personalidad que no ha terminado de desarrollarse o que se encuentra desestructurada por determinadas patologías con vocación de permanencia. La protección al incapaz debe partir de la base de que se le protege para que pueda gozar sin discriminación negativa de sus derechos como persona y como ciudadano. Por ello, toda la regulación jurídica de la incapacidad se basa hoy en el principio del mayor interés del incapaz que, como gráficamente expone Rivero Hernández, reside

«en preservar su dignidad personal y proporcionarle el disfrute vivencial de una situación, medios y operaciones que favorezcan el desarrollo de su personalidad no sólo (y quizá no tanto) actual sino con perspectivas de futuro, de forma (precisamente por su frustrado desarrollo) que le permita integrarse en la sociedad a la que pertenece en las mejores condiciones posibles, individuales y sociales, y participar en la dinámica y vida colectiva en términos que se aproximen en cuanto fuere posible a lo que entendemos por normalidad o situación de una persona no incapaz».

La reforma operada por nuestro Código Civil en 1983 incide en esta línea al potenciar la protección de los intereses personales, afectivos y morales, del incapacitado, como algo enraizado en su propia dignidad.

En el caso de los enfermos mentales se critica la falta de centros que acojan a estos enfermos a medio y a corto plazo, evitando el fenómeno de la llamada «puerta giratoria» en la que los enfermos entran, se compensan y salen, para volver en la próxima crisis, sin que se de una respuesta optima a los enfermos de carácter crónico. En multitud de ocasiones los distintos Defensores del Pueblo (estatal, andaluz, valenciano...) han reflejado los problemas que esta situación comporta. Se constata como la falta de apoyo familiar, la falta de mecanismos sociales y de alternativas lleva a estos enfermos crónicos a la comisión de pequeños delitos y de ahí, al psiquiátrico penitenciario, dándose una nueva institucionalización más dura y cruel. Este fenómeno ya se constato en Andalucía en 1987 cuando un Comité constituido por la Unión Progresista de Fiscales, Jueces para la Democracia y la Asociación de Neuropsiquiatría de Andalucía indicaba:

«... Cuando se unen enfermedad mental deteriorante grave, de curso prolongado, y dificultades familiares (penuria económica, ausencia o avanzada edad de los padres, etc.) hay únicamente la breve estancia en la Unidad de Agudos, la visita periódica al domicilio, la inyección mensual... El resto es encierro en el domicilio, vagabundeo sin rumbo, empleo u ocupación protegida, apoyo psicosocial mantenido, programas específicos de rehabilitación de pacientes a medio y largo plazo... nada de eso existe. Este problema, a corto plazo, va a ser el origen de una nueva institucionalización, de un nuevo encierro, más duro y difícil de desmontar que el presente. algunas de las personas ya están en el Psiquiátrico penitenciario y otros, los que tienen dinero, en clínicas y residencias privadas encerrados...».

Este grave problema parece no querer resolverse desde el campo público, trasformando a estos enfermos como marginados entre los marginados.

La resolución de este importante problema corresponde a las entidades que trabajan en el campo de la enfermedad mental, es decir, a los servicios sanitarios de salud mental que deben crear unidades de media y larga estancia, y a los servicios sociales, ya que la reinserción y rehabilitación de los enfermos mentales es algo más que un problema sanitario, sino que exige también importantes medidas de carácter social. La búsqueda de mecanismos de adhesión al tratamiento por parte de los enfermos es también una forma de colaborar en esta tarea, lo que nos lleva a la problemática del tratamiento ambulatorio involuntario que luego veremos.

Volviendo a la incapacitación, ya hemos visto que, con ella, no se trata de privar a una persona de su capacidad jurídica. Más bien, al contrario, de lo que se trata es de constatar las posibles carencias de su capacidad para poder completarlas. A través del mecanismo de protección, esta persona podrá ejercer y gozar plenamente de sus derechos y cumplir correctamente sus obligaciones, ya que la finalidad de los procedimientos de capacidad, más que la incapacitación como muerte civil es la llamada recapacitación como forma jurídica de reinserción jurídica y social. El proceso de capacidad es la forma jurídica de intervenir en la reinserción y recuperación social del enfermo mental que ha perdido, total o parcialmente, su capacidad de autogobierno.

La enfermedad que surge como causa inicial de la incapacidad debe ser actual y persistente, duradera, de evolución crónica, no siendo previsible una mejoría sustancial, de acuerdo con el estado actual de la acción terapéutica. Esto no supone que la evolución de la medicina no permita una futura curación, que elimine como causa de incapacidad alguna patología, o pueda darse una reintegración de la incapacidad ya decretada, algo que, como veremos, permite la ley. Como verdaderamente persistentes deben incluirse solo los trastornos que por su propia naturaleza sean duraderos y los que no ofrezcan posibilidad real de mejoría con los tratamientos actuales.

No cabe incapacitar por un ataque o una situación aguda, sino por algo persistente, siempre que tenga una entidad tal que el sujeto no pueda gobernarse, es decir, no pueda actuar por si mismo en el mundo jurídico con las mínimas garantías de que con conciencia y voluntad realice los actos libre y conscientemente. Para ello, como veremos, habrá que tener en cuenta también el entorno en que esta persona realiza su vida, y su intervención en el mundo y en el tráfico jurídico. Solo si es verdaderamente imprescindible procederá la incapacitación.

Ahora bien, la incapacidad es algo más que un diagnostico. La enfermedad debe provocar una sintomatología suficiente para producir unos efectos que impidan el autogobierno de la persona, la capacidad de autocuidado de su persona y de sus bienes, y la defensa de sus propios intereses. El resto de los fenómenos psicopatológicos por raros y extravagantes que parezcan carecen de trascendencia a efectos civiles. La capacidad de autogobierno supone que uno sea potencialmente capaz de conseguir medios de subsistencia, así como administrar sus bienes y patrimonio de acuerdo con sus intereses, sin perjudicarlos por algún déficit de personalidad.

De acuerdo con lo dicho, habrá que estar, no al diagnóstico, sino a los efectos que la enfermedad origina y las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. Siguiendo a Fernando Santos Urbaneja, para considerar que una persona debe ser incapacitada debe valorarse que necesita hacer de forma ordinaria una persona para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos.

Solo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del artículo 200 CC. Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en una residencia, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la residencia, quedándole solo unas pesetillas para pequeños gastos. En estos casos, la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no este ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada.

2.- La recuperación de la capacidad como forma de reinserción y rehabilitación social.

Debido a las ideas que antes hemos esbozado, la ley permite la posibilidad de que se modifique o incluso se revoque la declaración de incapacidad cuando cesen las causas que la motivaron por una modificación de las circunstancias externas o por un cambio del estado del incapacitado. La eventual incapacitación es una resolución revocable o reversible, lo cual actualmente tiene gran importancia dado que las terapias psiquiátricas permiten un pronóstico más favorable u optimista con respecto a determinadas enfermedades mentales, especialmente las psicosis endógenas o funcionales en las que no suelen existir lesiones hispatológicas irreversibles en el sustrato de la enfermedad, y que con los psicofármacos y las medidas rehabilitadoras han mejorado espectacularmente sus posibilidades evolutivas.

Con especial aplicación al ámbito psiquiátrico, no es necesaria la vuelta completa a la salud mental, puesto que no son las enfermedades o deficiencias psíquicas las que deciden la incapacidad, sino las consecuencias de ellas, es decir, su repercusión sobre la discriminación y la sana crítica, sobre la capacidad de conocer y darse cuenta de los motivos de conducta y de las consecuencias económico sociales de los propios actos. Puede bastar, por tanto, una mejoría de la salud mental para que de ella resulte una idoneidad suficiente para gobernarse por sí mismo y a los propios bienes; teniendo en cuenta, como para la inhabilitación, la amplitud y complejidad de los bienes que han de tutelarse, poniendo en relación el grado de recuperación intelectual con la competencia civil.

Por un lado, las circunstancias externas pueden haberse simplificado o el círculo de los negocios del enfermo haberse reducido. Por otra parte, el estado del enfermo puede haber mejorado por haberse dado una remisión de la psicosis después de largo tiempo.

En cualquier caso son problemas poco frecuentes. Si el proceso clínico de la enfermedad mental ha sido agudo, de breve duración, los cuales suelen terminar con remisiones equivalentes a la curación, la propia brevedad del proceso psicótico no da lugar a la incapacitación, que exige un juicio de cierta duración. Cuando se trata de procesos crónicos, persistentes, en que los tratamientos no consiguen evitar el ataque de la personalidad psíquica del sujeto, la remisión va siempre acompañada de un grado de defecto que habrá de valorarse médico legalmente.

Igualmente, hay que ser muy cauteloso para no convertir el procedimiento de incapacitación en un nuevo tapiz de Penélope, en el que lo tejido de día, volvería a destejarse por la noche, en un juego ininterrumpido de actuaciones judiciales.

Como resulta del artículo 761 LEC, la incapacidad no concluye cuando desaparece la causa que la motivara, sino que para dejar sin efecto aquella declaración es necesario instar judicialmente un nuevo proceso. En este sentido y con referencia a las enfermedades mentales, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de octubre de 1935, ya declaró que al privar estas enfermedades a la persona de cuidar por sí sus asuntos, constituyen una restricción de la personalidad jurídica cuya duración no puede ser absolutamente ilimitada, sino que deberá extinguirse por decisión judicial dictada en un procedimiento igual al observado para declarar la incapacidad y que declare haber desaparecido la causa que dio lugar a la misma. La STS de 9 febrero de 1968, también admitió la rehabilitación parcial del incapacitado, pues ante la variedad de matices que la realidad de cada día brinda a través de los informes periciales y de la directa observación

del Juez, hoy es imposible desconocer que existen enfermos mentales que proceden en su vida corriente con cierta normalidad, pero que reintegrados, sin amparo de ninguna clase, a la plenitud de su capacidad de obrar, podrían perjudicar a su propia persona, a sus intereses, los de su familia y los de la sociedad en que viven, y para ellos tan inadecuada es la absoluta incapacitación como la plena capacidad legal, de modo que ha de decretarse la adecuación del organismo supletorio de la capacidad a la situación actual y real del incapacitado.

Para que se dé la reintegración de la capacidad es necesaria la existencia de los siguientes presupuestos:

1º.– Concurrencia de nuevas circunstancias relativas a la enfermedad o deficiencia declarada o nueva enfermedad o deficiencia sobrevenida con posterioridad a la declaración.

2º.– Que estas nuevas circunstancias afecten al grado de discernimiento de la persona.

El proceso de modificación tiene como finalidad la adecuación entre la realidad médica y la realidad jurídica.

La legitimación activa para pedir la plena reintegración de la capacidad o la modificación de la incapacitación ya establecida, además de las personas mencionadas en el artículo 757-1º LEC (cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos), la tienen las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, el Ministerio Fiscal y el propio incapacitado (artículo 761 LEC). Para este último caso la LEC exige que el declarado incapacitado obtenga la autorización judicial para comparecer en juicio, siempre que la sentencia de incapacitación le hubiera privado de la capacidad de comparecer en el mismo.

Podemos cuestionarnos cómo un incapaz pueda tener capacidad para el nombramiento de aquellos profesionales del Derecho, incluso, en el caso de designación del Procurador, con la aseveración por parte del Notario ante quien ha de comparecer para otorgar la representación, de que el incapaz tiene capacidad para formalizar la oportuna escritura de poder general para pleitos. Esto puede darse porque el Notario deberá valorar la capacidad natural del demandado para el otorgamiento del poder.

En todo caso, la relación jurídica procesal habrá de completarse con la intervención del Ministerio Fiscal, que será siempre necesaria, aunque no haya sido promotor del juicio (artículo 758 LEC).

En cuanto al procedimiento y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 761-3º, debe seguirse un procedimiento similar al de incapacitación con la práctica de las mismas pruebas obligatorias (audiencia de parientes, informe facultativo y exploración judicial).

Debemos considerar, por ello, que bajo la expresión «*procedimiento de capacidad*» se incluyen los dirigidos a dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, procedimientos que, obviamente no son de incapacitación.

Sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, se confiere al Juez la facultad de decretar, de oficio, cuantas pruebas estime pertinentes, conforme le autoriza el artículo 759 LEC.

Estamos ante un proceso civil especial – inquisitivo– donde los principios dispositivos y de aportación de parte ceden a favor de los de oficialidad de la acción e investigación de oficio. Así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina y las SsTS de 12 de junio de 1989 y 30 de diciembre de 1995, entre otras, recogiendo hoy expresamente en los artículos 751 y 752 LEC.

La competencia territorial se determina por la residencia del demandado de acuerdo con el artículo 756 LEC, lo que la doctrina ha identificado con la residencia habitual, no bastando la meramente transitoria. A pesar de ello, la Consulta de la FGE 6/1997 considerando el domicilio como un instrumento para salvaguardar el derecho a una tutela judicial efectiva y el principio de contradicción y libre acceso a los Tribunales, en el caso de los internados en establecimientos psiquiátricos penitenciarios considero competente al Juzgado del lugar del Centro, por ser el lugar de la convivencia real. Extendiendo esta premisa de forma general si el presunto incapaz se encuentra internado, habrá que distinguir según que el internamiento sea temporal o con cierta permanencia para considerar o no residencia el lugar donde el incapaz tiene su enclave civil o el centro donde se encuentra. El momento para determinar la misma es el de la presentación de la demanda. Así, siguiendo la tesis mantenida por la FGE, si el incapaz se encuentra en un Centro con cierta permanencia, será competente el Juez del lugar donde radique este y no el de su domicilio legal, que puede no coincidir.

En el ámbito del juicio declarativo verbal, con arreglo al artículo 759-1º LEC, la declaración de incapacidad/capacidad viene condicionada a la práctica, por lo menos, de determinadas pruebas, cuya importancia es

decisiva como lo demuestra el hecho de que la LEC las impone como de obligada practica incluso en la segunda instancia – lo que, hasta ahora, el TS solo exigía si la sentencia era revocatoria de la de primera instancia–, concediéndose asimismo una gran facultad probatoria al Juez.

Estas pruebas son:

- 1.^a– Examen del presunto incapaz por el Juez.– Por imperativo legal, es indispensable que el Juez verifique personalmente este examen, por sí mismo. Esto crea múltiples dificultades en los casos de demandados que, a lo largo del procedimiento, van de un sitio a otro, sin que puedan ser examinados por el Juez dejando paralizado el procedimiento. La falta del examen personal según el Supremo acarrea la nulidad del procedimiento.

En la práctica, algunos Jueces prefieren descansar de modo exclusivo en el dictamen del Perito médico, y consideran tal examen como un mero formulismo lo que no deja de constituir una práctica viciosa y reproachable; con olvido de que no sólo se ha de ver y oír al presunto incapaz, sino que el precepto legal contiene la exigencia de que el Juez lo «*examinará*», que según el sentido propio de esta palabra impone inquirir, investigar, escudriñar con diligencia y cuidado la persona del enfermo, y no la realización de un mero examen superficial. Otros Jueces no se detienen en un término medio y sobre todo respecto a determinados enfermos, llevan a cabo extensos interrogatorios. Excepcionalmente y en el supuesto de enfermos mentales graves o irritables, sin perjuicio de la necesaria comprobación personal, el Juez podrá prescindir del examen, haciendo constar estas circunstancias en la correspondiente diligencia judicial.

Para tomar la decisión que estamos analizando al Juez no le basta, ni le puede bastar, con remitirse simplemente a la opinión de los Médicos. Ésta puede ser un elemento muy valioso, pero nunca es vinculante.

También hay que tener en cuenta que la opinión de los Médicos, en ocasiones, no está basada en los síntomas concretos de los pacientes, sino en los relatos de familiares, que muchas veces no tienen una visión objetiva de las cosas y que ya no quieren vivir con el enfermo o que éste esté externado.

Cuando se trata de persona presuntamente aquejada de enfermedad o deficiencia de carácter psíquico, siguiendo a Vallejo Nájera ha de indicarse que la conducta del Juez examinador será fundamentalmente distinta, según se practique el examen en el domicilio del enfermo o si se encuentra internado en un Centro asistencial; pero en todos estos casos se presentará como tal Juez, sin que se acceda a la frecuente pretensión de los familiares de presentarse como amigo, agente de negocios, etc., pues aunque tales supercherías faciliten de momento la observación, tienen luego graves inconvenientes, pues, descubiertas por el enfermo, ya no otorgará su confianza a quien le engañó.

El carácter confidencial del examen recomienda que estén a solas examinador y examinado, y todo lo más presenciara la conversación otra persona, que guardará discreto silencio, si ello fuera necesario para tranquilizar al explorado, pero no debiendo estar los abogados de las partes.

Por último, no hay obstáculo legal para que se practiquen simultáneamente el examen por el Juez del presunto incapaz y su reconocimiento facultativo, con la inmediata emisión del correspondiente dictamen documentando al propio tiempo ambas actuaciones en una sola diligencia judicial

- 2.^a– Audiencia de los parientes más próximos por el Juez: También por exigencia legal, el Juez viene obligado – la audiencia es obligatoria – SsTS de diciembre de 1995 y 19 de agosto de 1996– a oír personalmente a los parientes más próximos del presunto incapaz, e igualmente es recomendable que oiga al cónyuge o persona unida a él por análoga relación de afectividad, aunque el Código nada diga sobre ello. Se discute sobre que familiares deben ser oídos, ya que el CC no los determina. Indudablemente deben ser los mas próximos, aunque por decisión del Juez también puede oírse a otras personas, lo que tendrá gran interés en aquellos casos en que el presunto incapaz carece de familiares o estos residen lejos de él, pero existen otras personas que conviven con el mismo y pueden informar al Juez de la situación de este. La STS de 30 de diciembre de 1995 indica que no hace falta oír al demandante, ya que este ha manifestado su opinión en la demanda, aunque el Juzgador puede citarlo si desea aclarar algo.

No nos encontramos ante una autentica prueba testifical y, por ello, hay una absoluta libertad para el interrogatorio. Puede utilizarse para recabar los antecedentes que sobre la presunta enfermedad suministren personas distintas del enfermo; sin olvidar que los datos recogidos no siempre serán sinceros al tratarse de

casos judiciales, en que tal vez exista interés anómalo para conseguir una declaración de incapacitación o de capacitación, exagerando o disminuyendo las taras familiares o patológicas que afecten al sujeto. Si se trata de enfermedad o deficiencia psíquica, se preguntará a los parientes sobre las molestias y disgustos proporcionados por el presunto enfermo, precisamente por la anormalidad de su psiquismo, así como los detalles concernientes al programa medio de vida cotidiano y los antecedentes sobre enfermedades nerviosas y mentales, alcoholismo y toxicomanías de los ascendientes, además de todo aquello que revele la reactividad patológica del enfermo. En su caso, después de haber oído a los parientes del presunto incapaz, al amparo de las facultades que le confiere el último inciso del artículo 752-1º LEC, el Juez dispondrá cuantas pruebas complementarias estime pertinentes.

3.ª – Dictamen facultativo sobre las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico del presunto incapaz. – Con referencia al trascendental papel a desempeñar por el dictamen facultativo, realmente decisivo en todo supuesto de incapacitación, siempre, en definitiva, la última palabra la tendrá el Perito. Pero como observa Saura, es menester suavizar la rotundidad de la frase anterior, considerando: a) que la incapacitación exige un proceso contradictorio, en el cual, tanto por las partes como por el propio juzgador, se propondrá un dictamen de más de un Perito, de cuyo estudio conjunto se extraerá la conclusión más adecuada; b) que el Juez oír a los parientes del presunto incapaz y examinará a éste por sí mismo, pudiendo acordar, además, cuantas otras pruebas estime convenientes, todo lo cual redundará en la supresión de influencias decisorias en la formación de su criterio; c) en todo caso, los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los Peritos.

En cuanto a los Médicos forenses, pueden intervenir como tales en los procesos civiles de incapacitación, practicando reconocimientos y emitiendo informes cuando sean designados para ello, en el ejercicio de su cargo público como funcionarios, por el Juez o Tribunal competente, si bien esta actuación no puede ser retribuida específicamente con carácter profesional; pero es incompatible con la condición de Médico forense la intervención pericial como profesional, es decir, no en el ejercicio del cargo de Médico forense, lo mismo que en todo tipo de procesos de cualquier orden jurisdiccional.

En relación con esta materia, la Federación Española de Asociaciones Profesionales suscitó, en carta dirigida al Presidente del Consejo General del Poder Judicial, el problema de la penosidad que podría derivarse de la exigencia de la intervención de un facultativo en el proceso y la posibilidad de que la misma pudiera suplirse por el dictamen de los equipos multiprofesionales a que se refiere el Título IV de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Sobre esta cuestión, el Gabinete Técnico del Consejo informó como a continuación se expresa:

«Efectivamente, el artículo 208 del CC establece como trámite preceptivo del proceso de incapacitación, además de la audiencia a los parientes y el examen por el propio Juez del presunto incapaz, que ya aquellos preveían, el dictamen de un facultativo. Esta exigencia, enteramente razonable por cuanto a la configuración del supuesto de la declaración de incapacidad, subyace valoraciones correspondientes a ciencias distintas de la jurídica, ya sean médicas, como la psiquiatría o la neurología, o de la conducta, como la psicología o la sociología, no hace sino recoger la práctica constante en este tipo de procesos a los que se incorporaba el dictamen pericial de un especialista en la enfermedad o deficiencia determinante de la incapacidad. Se trata en definitiva de la aportación al proceso de un elemento de prueba pericial. Dicha aportación podrá tener lugar tanto por las partes del proceso durante el período de proposición y práctica correspondiente como, en defecto de lo anterior, por decisión de oficio del titular del órgano judicial, en cuyo caso parece que deberá encajarse en el ámbito de las diligencias para mejor proveer. En cuanto a su contenido sustancial, entendemos que el Código no prejuzga quién haya de ser el emisor del dictamen ni lo ciñe desde luego a los Médicos Forenses. Si bien la intervención de los Médicos ha de considerarse como ordinaria, habida cuenta de la naturaleza física o psicopatológica de las causas determinantes de la incapacidad, no quedan excluidos a juicio del informante los dictámenes emitidos por científicos que profesen disciplinas de otra «facultad», cuyos conocimientos pueden ser relevantes para la valoración tanto de las causas como del alcance de la incapacidad, y desde luego no pueden estarlo los emitidos por equipos multiprofesionales, que pueden ser quizá los que más colaboren para medir el alcance socioeconómico de la incapacidad, que la sentencia judicial deberá calibrar una vez desaparecidos los estándares legales en la materia.

Aunque las funciones que a los equipos multiprofesionales atribuye el artículo 10-2º de la Ley 13/1982 se orientan esencialmente a la percepción de las prestaciones sociales y económicas que la propia Ley reconoce a los minusválidos, entre dichas funciones se recoge la de emitir un informe diagnóstico valorativo sobre

los diversos aspectos de la minusvalía y las disminuciones del minusválido en su entorno sociofamiliar (artículo 10–2º a), cuyas calificaciones y valoraciones, correspondientes a criterios técnicos unificados, tendrán validez ante cualquier organismo público. Resulta evidente que estos informes pueden constituir válidamente el dictamen facultativo exigido (...). Bastará que se emitan con ocasión del proceso de incapacitación, a cuyo efecto podrán ser propuestos como prueba por los promotores de la declaración de la incapacidad, o interesados de oficio por el Juez, que estará relevado de la necesidad de otro dictamen facultativo cuando efectivamente aquellos se hayan practicado, sin perjuicio de que pueda ordenarlos con carácter adicional cuando lo estime procedente».

De apreciarse la existencia de enfermedad o deficiencia física o psíquica, por imperativo legal es condición imprescindible expresar en el informe un diagnóstico rotundo y concluyente, o al menos de presunción, sobre su permanencia, habitualidad o persistencia, es decir, sobre si se mantendrá firme o constante (es claro que en enfermedades o deficiencias de corta duración resulta superflua una incapacitación). También constituye requisito básico informar de modo preciso si la persona de que se trate se encuentra impedida para gobernarse por sí misma y hasta qué punto, en conexión causal con la anomalía ya diagnosticada como persistente y teniendo en cuenta las actividades o asuntos del enfermo.

Se recomienda que las conclusiones del dictamen pericial sean concretas, pues su redacción imprecisa o dubitativa resulta cómoda para el Perito, pero no suministra al Juez elementos de juicio. Cuando no pueda formularse una conclusión concreta, se consignará expresamente en el informe y, si es necesario, debe manifestar la conveniencia de internar al presunto enfermo o deficiente psíquico en un centro asistencial para su observación por facultativos especializados, hasta aclarar suficientemente el caso

Debemos tener en cuenta que a efectos de la incapacitación civil, los conceptos de «enfermedad mental», senilidad y «debilidad (o deficiencia) mental» carecen de unos límites rígidos y muchas veces dependen de los asuntos de que se tiene que cuidar. Muchas veces nos hemos planteado, y así lo hemos reflejado en las Memorias Anuales de la Sección de Protección a la Persona con Discapacidad de la Fiscalía de Jaén, la inconveniencia de incapacitar al anciano aquejado de Alzheimer, que se encuentra en una residencia donde tiene su vida ordenada y que solo posee una pequeña pensión con la que la paga. El incapacitar, en este caso, no añade ningún plus de protección. No sería lo mismo si el anciano poseyera un gran capital e innumerables bienes. Podemos decir, por ello, que la incapacidad es algo más que un diagnóstico.

Sería conveniente, en esta materia, la introducción de una prueba psicológica que, de acuerdo con la escala de la Cruz Roja o el test de Katz –empleado en casos de senilidad–, Tablas AMA de la Asociación Médica Americana, –aceptadas por el Ministerio de Trabajo por OM de 8–3–1984– o prueba similar, informara sobre la posibilidad del demandado de realizar las diferentes actividades de la vida diaria (AVD), con el fin de graduar correctamente la declaración de incapacidad. La Asociación Americana de Retraso Mental, por ejemplo, ha establecido diez áreas a contemplar, que exponemos a título de ejemplo, y que pueden trasladarse a otros sectores si bien no de forma automática, si buscando esquemas similares:

- Comunicación.– Capacidad para comprender y transmitir información.
- Autocuidado.– Capacidad para atender al aseo personal, alimentación y vestido.
- Vida en el hogar.– Capacidad para llevar la economía doméstica y demás actividades de la vida ordinaria en el hogar.
- Habilidades sociales.– Posibilidad de establecer contactos e intercambios con los demás.
- Utilización de la comunidad.– Uso de medios de transporte, servicios públicos, etc.
- Autodirección.– Habilidades para tomar elecciones adecuadas, así como la capacidad de aceptar y reconocer los errores.
- Salud y seguridad.– Posibilidad de seguir medicaciones, y mantener hábitos y comportamientos saludables.
- Habilidades académicas y funcionales.– Capacidad de asimilar conocimientos.
- Ocio y tiempo libre.– Posibilidad de participar en actividades culturales, deportivas o de tiempo libre.
- Trabajo.– Capacidad de desempeñar una actividad laboral remunerada.

La sentencia podrá cambiar la intensidad de la incapacidad decretada, reduciéndola o aumentándola, así como, en su caso, modificar el sistema de guarda.

3.- Las medidas cautelares como forma de recuperación social.

Con antecedentes inmediatos en los antiguos artículos 203 y 209 CC, ya no existe duda que todo el mecanismo de la incapacitación va dirigido a la protección del discapaz, una protección que va mas allá del mero aseguramiento del pleito y que se extiende a una cobertura global de las necesidades personales y materiales de la persona discapacitada que permita su reinserción e integración en la sociedad. Por ello, la labor del Fiscal no puede limitarse a la actuación en el procedimiento procesal de incapacidad sino que debe, utilizando los instrumentos jurídicos a su alcance, buscar dar una cobertura al discapaz que le permita su total integración en la sociedad sin los riesgos que pudieran derivarse de su minusvalía.

Los artículos 762 y 763 LEC incluyen mecanismos tuitivos para los casos de incapacidad no declarada que se caracterizan por los siguientes elementos:

- Se basan en los principios de flexibilidad y diversificación de respuestas, ya que las medidas que pueden adoptarse son innominadas y poseen una notoria amplitud siendo cualquiera necesaria para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.
- Las medidas a adoptar no se encuentran necesariamente vinculadas a un proceso, no siendo preciso la incoación del procedimiento sino que basta el conocimiento por el Juez de una supuesta causa de incapacitación. Su campo de actuación entendemos que es mas amplio que el de asegurar la efectividad de una sentencia de incapacitación, no siendo necesariamente accesorias a un procedimiento de incapacitación como ocurre con las basadas en el artículo 158 y 216 CC.
- La actuación judicial no precisa de una actuación de parte, pudiendo adoptarse estas medidas de oficio.

Las medidas que pueden adoptarse quedan al arbitrio judicial con el único limite de que se adecuen a las necesidades de protección del discapaz.

El motivo principal que debe llevar al juez a la adopción de estas medidas es la situación de amenaza y desvalimiento de la persona discapacitada. Por ello, no son aplicables aquí del todo las teorías clásicas de que las medidas cautelares están preordenadas a la futura ejecución de la sentencia, o la más abierta de que sirven para asegurar la efectividad de la sentencia. Nos encontramos más ante unas medidas provisionales de protección que ante unas medidas propiamente cautelares. Mientras que las medidas cautelares buscan la efectividad futura de la sentencia, estas medidas buscan una protección actual o presente del discapaz, buscando conjurar los peligros que puedan afectarle durante la tramitación del procedimiento.

Esto hace, por un lado, que, como ya hemos indicado, podamos hablar de medidas de protección más que de medidas cautelares previas o imbricadas en el proceso. Por otro, provoca el que las medidas a adoptar tengan, en muchos casos, un carácter especialmente urgente que matiza las reglas procedimentales de adopción de las tradicionales medidas cautelares establecidas en la LEC a las que se remite, si bien deben tenerse en cuenta las oportunas adaptaciones.

El procedimiento básico para su establecimiento puede resumirse en los siguientes pasos:

- Petición.
- Celebración urgente de vista con audiencia de los interesados y practica de las pruebas.
- Resolución por auto susceptible de apelación, en ambos efectos si deniega la medida, y sin efectos suspensivos si las adopta.

La protección que estas medidas buscan pueden dirigirse a la persona del discapaz o a su patrimonio por lo que podemos hablar de medidas cautelares personales y patrimoniales.

Estas medidas pueden solicitarse antes de comenzar el proceso, junto con la demanda, pendiente ya el litigio, incluso, por la idea de protección que hemos indicado anteriormente, desligado del mismo.

La LEC establece un proceso autónomo para la adopción de medidas cautelares (libro III, título VI, capítulo I), con lo que se solucionan las dudas que había planteado la remisión que anteriormente se hacia a la jurisdicción voluntaria. En particular, la posibilidad de convertir el trámite en contencioso (artículo 1817), que en la nueva regulación se sustituye por la oposición a las medidas cautelares que puede formular el presunto incapaz que no ha sido oído.

Pueden acordarse de oficio por el Tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal, cuando llega a su conocimiento la existencia de una persona en la que concurre causa de incapacitación. En el caso de que se adopten de oficio por el Tribunal medidas sin que exista proceso, este comunicara al Ministerio Fiscal para que este, en un plazo prudencial que hoy no está determinado, inste el proceso de incapacitación, o le pida que deje sin efecto la medida, o la modifique o la prolongue hasta que el Ministerio Fiscal formule la demanda.

Competente será el juez que conozca de la incapacitación o que debiera, en su caso, conocer de la misma, es decir, el de la residencia del demandado (artículo 756 LEC).

Como regla, las medidas cautelares se adoptarán previa audiencia del presunto incapaz, lo que no deja de presentar problemas ya que no serán pocos los presuntos incapaces que no se encuentren en condiciones de ser oídos, por lo que la excepción puede transformarse en regla. También deberá oír a las demás personas interesadas que serán, cuando menos, los familiares legitimados para instar la incapacitación y aquellos otros cuyos intereses económicos y patrimoniales se van a ver afectados por la medida.

Pueden, asimismo, adoptarse sin llevarse a efecto la audiencia previa del afectado cuando existan razones de urgencia o necesidad, ya que el artículo 762 LEC señala que, como regla, se adoptarán previa audiencia de la persona afectada, de lo que se deduce que existirán supuestos en los que pueda prescindirse de dicho trámite, estableciéndose en el artículo 733 LEC como causa para ello las razones de urgencia o que la audiencia pueda hacer que la medida pierda su finalidad. No obstante, y para no causar indefensión a las personas interesadas, se les deberá oír luego en el plazo de cinco días, estableciendo el artículo 739 LEC la posibilidad de que el afectado pueda oponerse a la adopción de las medidas, para lo que dispone del plazo de veinte días contados desde la notificación del auto acordado las medidas y podrá alegar cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.

Dado que, uno de los requisitos para poder establecer las medidas, es la presunta incapacitación, el juez deberá recabar un informe médico y explorar, si es posible, al presunto incapaz.

La medida se adoptara mediante auto motivado apelable en un solo efecto, debiendo darse a la apelación una tramitación preferente (artículo 736–1º LEC).

Adoptadas las medidas cautelares con carácter previo al procedimiento de incapacitación, se discute si las mismas dejan de tener vigor en el plazo de veinte días señalado en el artículo 730–2º LEC, si no se presentare la correspondiente demanda de incapacitación. Aunque algún autor se ha manifestado sobre la caducidad de las mismas, nosotros entendemos que este precepto no resulta de aplicación al caso que analizamos, ya que el artículo 762 LEC tiene carácter especial y prima sobre el régimen general de las medidas cautelares. Si las medidas se han adoptado en beneficio del presunto incapaz, no pueden perder vigencia en tanto no quedara acreditado que han desaparecido las causas que motivaron su establecimiento, todo ello sin perjuicio de lo que luego diremos sobre la duración de estas medidas de protección. Añadamos, además, que no es obligatorio el presentar la demanda de incapacitación por haberse adoptado las medidas cautelares. Puede ocurrir, y solo a título de ejemplo, que la medida provoque la recuperación de la capacidad (lo que puede ocurrir a través del internamiento involuntario) o que la acción protectora se haya agotado con la medida adoptada (autorización para intervención quirúrgica) sin que sea precisa ninguna otra.

Ahora bien, lo que no es posible es el mantener sine die la medida protectora por esta vía previa por lo que entendemos precisa la fijación por el Juez en el Auto de un plazo limitado para la revisión de las mismas, de forma análoga a los seis meses que establece el artículo 763 para el internamiento.

Estudiemos, ahora, las diversas medidas que pueden adoptarse, si bien no nos encontramos ante un catalogo cerrado:

a.– Medidas de protección patrimoniales.

El artículo 727 LEC establece algunas de las medidas que pueden adoptarse con carácter cautelar, si bien pueden adoptarse otras y no todas ellas tienen una clara aplicación en los procesos de capacidad. Por su trascendencia en los procesos de capacidad, podemos destacar:

1º.–Administración o intervención judicial de bienes.

Dirigida a proteger el patrimonio del presunto incapaz para impedir que terceras personas pueda aprovecharse de la falta de capacidad de éste. La administración provisional no es una tutela patrimonial anticipada, ya que las facultades del administrador judicial son más limitadas que las del tutor. Así, no detenta la

representación del presunto incapaz, por lo que no podrá enajenar ni realizar actos dispositivos de los bienes, ni siquiera con autorización judicial. Las renunciaciones de derechos, los gastos extraordinarios, las enajenaciones y gravámenes de inmuebles y objetos de valor pertenecientes al patrimonio en administración, sólo las podrá realizar el demandado o su representante legal con autorización judicial. Pero bien entendido que el administrador judicial no es representante legal del demandado, limitándose su gestión a la administración ordinaria de conservación del patrimonio mientras se decide acerca de la capacidad del titular.

Lo indicado no quiere decir que no podamos, en este estadio, enajenar un bien sometido a la medida cautelar. Ahora bien, para ello, se necesitara previa autorización judicial, que solo podrá justificarse si concurren circunstancias que hagan más gravosa para el patrimonio del presunto incapaz la conservación que la enajenación. Esto puede hacerse, precisamente, por el carácter amplio de estas medidas de protección pero como una medida cautelar distinta de la de administración judicial.

Digamos que estas funciones pueden cubrirse también con un defensor judicial con facultades específicas añadidas o con el reconocimiento judicial formal del guardador de hecho del incapaz.

2º.- Depósito de bienes muebles.

3º.- Formación de inventario.

4º.- Anotación preventiva de la demanda.

Es necesaria para que terceras personas tengan conocimiento de la existencia de un procedimiento de incapacitación, advirtiéndoles para que no contraten con él y evitando que les ampare el principio de la buena fe en el caso de que lo hagan antes de dictarse la sentencia de incapacitación.

5º.- Bloqueo de cuentas corrientes.

Dirigida a evitar la expoliación de la misma por parte de terceras personas, entendemos que puede ser total o limitada a determinados cargos o a determinados movimientos. Así, la cuenta puede ser bloqueada para la disposición por ventanilla, pero no para el pago de determinados cargos por domiciliación de recibos, como puede ser el abono de la residencia en que se encuentre el presunto incapaz.

6º.- Autorización para la venta de algún bien o el establecimiento de prohibiciones de disponer.

Esto cuando sea necesario para, por ejemplo, el pago de una residencia u hospital o bien para asegurar que no enajenara o venderá bienes en su propio perjuicio.

b.- Medidas de protección personales.

En ellas podemos incluir los reconocimientos, tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, cuidados especiales, el internamiento en centro adecuado, el traslado provisional a una residencia para la desinfección del domicilio, el cambio de cerraduras de su casa y la entrega de las llaves a la trabajadora social para su asistencia, el nombramiento provisional de un tutor o guardador interino, e incluso, utilizando un concepto amplio de protección del incapaz, la esterilización del mismo. También pueden restringirse o limitarse las salidas al exterior de la residencia si la salud física o la seguridad del discapaz, así lo exige.

Dentro de estas medidas de carácter personal se puede incluir el nombramiento provisional de un tutor o guardador interino. Indica Díez-Picazo, que es posible adoptar como medida provisional de protección, el sacar al incapaz de la zona de influencia de determinadas personas o colocarlo bajo la dependencia directa de otras, lo que supone el nombramiento de un guardador de carácter interino. También podríamos incluir aquí, el nombramiento de un defensor judicial con la atribución de las facultades que el Juez estime convenientes lo que puede tener un carácter patrimonial, pero, sin duda, también, personal. Este defensor judicial, es distinto del que se le nombra para intervenir en el procedimiento de incapacidad aunque, no hay inconveniente de que recaiga en la misma persona.

Esta medida presenta ejemplos en la jurisprudencia menor como el AAP de Asturias (5ª) de 5 de junio de 2000 o AAP de Barcelona de 8 de abril de 2000.

También puede nombrarse a un defensor judicial, bien de forma genérica, o para actos puntuales como la aceptación de una herencia o la presentación de una acción civil o penal.

Como cláusula de cierre y de intervención urgente se establecen las medidas cautelares o de protección inmediata que tratan de facilitar, tanto en el campo civil como en el penal, la rápida intervención judicial en caso de peligro, y mientras se produce una intervención judicial de fondo sobre la situación del discapaz.

Establecidas en el artículo 158 del Código Civil para su aplicación se seguirán las normas de la jurisdicción voluntaria, más rápidas que las del contencioso y que no necesitan la intervención de abogado o procurador. Este artículo 158 expone textualmente:

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...)»

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

Y el artículo 216 del Código Civil añade:

«Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos».

No se establecen las medidas concretas a adoptar lo que concede al Juez una gran flexibilidad y agilidad para establecer aquellas más convenientes para el caso concreto, flexibilidad que, asimismo, se da en lo que hace referencia al procedimiento y a las diligencias que pueden practicarse, lo que acerca este procedimiento al de instrucción penal.

Se comprenden aquí todos aquellos supuestos en que se reconozca legalmente a la autoridad judicial la genérica facultad de adoptar medidas protectoras de orden personal, aunque conceptualmente no existiría problema para que se adoptasen determinadas medidas de carácter patrimonial sobre el incapaz. El Juez tiene la posibilidad de adoptar estas medidas con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier procedimiento civil o penal o bien en el trámite de jurisdicción voluntaria.

El principal problema que presentan las medidas adoptadas de acuerdo con este precepto hace referencia a su duración temporal. Nos remitimos aquí a lo indicado para el resto de las medidas de protección que entendemos que es, totalmente, aplicable.

4.— Métodos coercitivos y terapias especiales.

El manejo de los pacientes, sobre todo si estos tienen accesos agresivos o violentos, exigen a veces métodos— que no medios terapéuticos porque no lo son— que pueden afectar directamente a derechos fundamentales de los mismos. Unas veces, en supuestos de agitación psicomotriz con riesgo de lesión provocan la necesidad de una actuación decidida. Otras veces, la simple administración de la medicación exige la contención del paciente.

Podemos distinguir:

Restricción de movimientos.— Uso de procedimientos físicos o mecánicos dirigidos a limitar los movimientos de parte o de todo el cuerpo de un paciente, a fin de controlar sus actividades físicas y protegerlo de las lesiones que pudiera infringirse a sí mismo o a otro. Puede ser represión humana (una persona para cada miembro y otra para la cabeza) o mecánica (en la misma deben tomarse medidas de liberación alternativa de una extremidad cada media hora para evitar lesiones o tromboembolismo).

Aislamiento.— Confinamiento de un paciente, a solas en una habitación, impidiéndole salir de ella durante un periodo limitado de tiempo. El uso de esta técnica debe ser estrictamente limitado.

Si bien no existe regulación legal alguna sobre los mismos su utilización esta justificada por la situación de necesidad y por el ejercicio legítimo de la profesión médica. La autorización de internamiento tampoco afecta, en principio, a la adopción de otras medidas de carácter coercitivo como las indicadas. Para llevar a cabo las mismas es preciso seguir, de forma escrupulosa, un protocolo simple pero riguroso, que se basa en los siguientes principios:

—Debe hacerse únicamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario (por no existir otra forma de controlar la conducta problema) y bajo el estricto control y solo por orden del personal médico, siendo conveniente la opinión de dos profesionales. La medida debe estar justificada por ser necesaria y útil en relación al tratamiento. Será preferible el uso de medios de contención farmacológico. En el caso del aislamiento debe de hacerse en instalaciones apropiadas (art. 27—1º y 2º Recomendación (2004) 10).

- Ser proporcionadas al estado del paciente y efectuarse de la forma mas benigna posible para él y cuando no existan otras alternativas sin riesgo (abordaje verbal, otras precauciones, etc.). La medida adoptada debe ser proporcionada al beneficio que suponga y al riesgo que evite.
- En todo caso, la contención va dirigida a la protección del enfermo y de las demás personas y nunca a facilitar o hacer más llevadera la labor de los cuidadores.
- Debe durar el menor tiempo posible. Aplicarse solo por el tiempo estrictamente preciso, estableciéndose tiempos máximos de sujeción y una vigilancia continua del enfermo. Solo periodos cortos de contención física o aislamiento pueden estar justificados.
- Para llevarla a cabo debe utilizarse material homologado y destinado a ello, sin causar un mayor daño al enfermo. El personal que lo lleva a cabo debe recibir un meticuloso entrenamiento en el uso de estos métodos.

Debe reflejarse por escrito en el expediente o historial médico del paciente y, en el caso de los centros dependientes del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, debe rellenarse la hoja de protocolo establecida, registrarse en el libro de incidencias y archivar en el expediente del usuario. En estos documentos debe recogerse los motivos, duración, mecanismos utilizados y las eventualidades que puedan surgir (art. 27–2º y 3º Recomendación (2004) 10).

La urgencia con la que suelen surgir la necesidad de estas medidas hace que no podamos exigir, salvo excepciones, un sistema de previa autorización judicial, ya que ello entorpecería la actuación sanitaria. Ahora bien, en el caso de que el uso de estos mecanismos exceda de un tiempo razonable debe solicitarse autorización judicial, aunque sea a posteriori, para que exista un control judicial al afectar a derechos fundamentales. Las principales garantías para el paciente provienen de que se siga un protocolo idóneo y previamente establecido, y que conste en el historial del mismo el proceso de actuación para que pueda valorarse si se realiza de acuerdo con la *lex artis*. Esto permitirá que pueda revisarse judicialmente por la vía de los artículos 158–4º y 216 CC si el Juez o el Fiscal tuvieran noticia de alguna irregularidad.

Indiquemos que, en los centros residenciales de ancianos y deficientes, se utilizan con frecuencia cinturones para evitar caídas. Si estas actuaciones están razonablemente indicadas y se practican sin daño y con respeto a la dignidad del residente, entendemos que no podemos considerarlas mecanismos de sujeción y podrían utilizarse sin problemas.

Problema distinto es el de las terapias especiales utilizadas sobre todo en el campo de los enfermos mentales. Son terapias especialmente agresivas para el paciente que no pueden quedar fuera del control en la práctica de las mismas. Podemos destacar:

- La psicocirugía.– Como la lobectomía (extirpación de un lóbulo cerebral). Fue acogida con gran entusiasmo. La falta de resultados contrastados, la escasa lógica de su indicación y la aparición de los neurolépticos ha borrado esta opción de tratamiento. No obstante, hoy está volviendo a utilizarse una psicocirugía menos dañina (microcirugía a base de laser que permite intervenir en zonas muy pequeñas) si bien el apartado 14 del principio 11 de la Resolución de 17 de diciembre de 1991 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los principios para la protección de las personas afectas de enfermedad mental exige que exista un consentimiento informado y valido por parte del paciente, comprobado por un órgano independiente y que se compruebe que el tratamiento es el mejor para el paciente. De igual forma, el Comité de Dirección de Bioética del Consejo de Europa en su Libro Blanco sobre la protección de los Derechos Humanos y la dignidad de las personas que padecen un trastorno mental exige el consentimiento del paciente como prerequisite obligado para poder llevarla a cabo. Es el último recurso cuando se han agotado otras posibilidades terapéuticas de neurosis obsesivas, agresividad y cleptomanía, entre otros.
- Terapéutica electroconvulsionante.– Los conocidos electroshock. Para algunos autores persiste como segunda opción ante el fracaso de los antipsicóticos, otros la consideran como la técnica más efectiva frente a la catatonía aguda y la esquizofrenia acompañada de sintomatología depresiva o de alto riesgo de suicidio. Vuelve a estar de moda en la psiquiatría española y cuyo abuso puede tener como consecuencia la presencia de un síndrome psicoorgánico severo, a veces irreversible. La Recomendación 1235 (1994) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa exige para ella los mismos requisitos que para la psicocirugía, a saber, consentimiento escrito del paciente o de su representante y confirma-

ción de la decisión por un comité que no este compuesto solo por psiquiatras. El Comité de Dirección de Bioética del Consejo de Europa en el documento antes indicado, considera que debe administrarse siempre en circunstancias en que la dignidad del paciente sea respetada, y junto con la aplicación de relajantes musculares y anestésicos para disminuir sus efectos negativos, prohibiéndose en otro caso.

–Terapéutica insulínica.– Coma insulínico. Particularmente usado para los esquizofrénicos, es una terapia tremendamente peligrosa que requiere un control asiduo y permanente del paciente y puede llevarlo hasta la muerte o comas prolongados e incluso irreversibles.

En nuestro país no existe ninguna regulación especial para este tipo de tratamientos. Solo en Cataluña el artículo 255–3º de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia^{24*} expone que

^{24*} Hoy integrado en el Código Civil de Cataluña Libro II Ley 25/2010 de 29 de julio que regula estos temas en el Título I Capítulo II titulado Autonomía de la persona en el ámbito de la salud y que expone:

«SECCIÓN PRIMERA. Tratamientos médicos

Artículo 212.1. Derecho a la información sobre la salud

1. Toda persona tiene derecho a recibir información verídica, comprensible y adecuada a sus necesidades y requerimientos sobre el alcance de cualquier intervención en el ámbito de su salud, que la ayude a tomar decisiones de forma autónoma, salvo que haya expresado su voluntad de no ser informada. Este derecho es directamente exigible ante los tribunales de justicia.
2. El paciente es el titular del derecho a la información y quien tiene el derecho a permitir y autorizar el acceso a la información que se refiere a su salud, salvo en los casos en que la legislación establece otra cosa.
3. Toda persona tiene derecho a que se respete la confidencialidad de los datos que se refieren a su salud y que no se generen registros con datos personales de salud que no sean estrictamente necesarios.
4. Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, esta debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda.

Artículo 212.2. Consentimiento informado

1. Las personas mayores de dieciséis años y las menores que tengan una madurez intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la intervención en su salud deben dar el consentimiento por sí mismas, salvo en los casos en que la legislación de ámbito sanitario establece otra cosa.
2. Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación ni decidir, el consentimiento debe obtenerse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, de las mismas personas que deben recibir la información a que se refiere el art. 212–1.4.
3. El interesado, o las personas que suplen su capacidad, en interés del propio interesado, pueden revocar el consentimiento otorgado.
4. Si las personas llamadas a dar consentimiento por sustitución se niegan a darlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir.

Artículo 212.3. Documento de voluntades anticipadas

1. La persona mayor de edad con plena capacidad de obrar puede expresar en un documento de voluntades anticipadas las instrucciones para la realización de actos y tratamientos médicos, para el caso en que se encuentre en una situación en que no pueda decidirlo por ella misma. También puede designar la persona que, en su sustitución, debe recibir la información sobre su salud y decidir sobre la realización de aquellos actos y tratamientos.
2. En el documento de voluntades anticipadas pueden constar previsiones referentes a la donación de los órganos o del cuerpo, y a las formas de entierro o a la incineración.
3. Los profesionales que atiendan al otorgante de un documento de voluntades anticipadas deben respetar las instrucciones que expresa, dentro de los límites establecidos por la legislación del ámbito sanitario.
4. En cuanto a la forma de otorgamiento del documento de voluntades anticipadas, al procedimiento de comunicación de las voluntades anticipadas al centro sanitario y a sus efectos, es preciso ajustarse a lo establecido por la legislación especial de ámbito sanitario.
5. El documento de voluntades anticipadas es siempre revocable.
6. Si la persona otorgante de un documento de voluntades anticipadas ha hecho delación voluntaria de su tutela de acuerdo con el art. 222–4 y ambos actos contienen designaciones o instrucciones incompatibles, prevalecen las del documento de fecha posterior.

SECCIÓN SEGUNDA. Internamientos

Artículo 212.4. Internamiento

El internamiento en un establecimiento especializado de una persona por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva requiere la autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma, cualquiera que sea su edad.

Artículo 212.5. Internamiento urgente

1. No es precisa la autorización judicial previa si se produce una causa de urgencia médica que requiera el internamiento sin dilación. Esta causa debe ser constatada por un facultativo y debe fundamentarse en un riesgo inmediato y grave para la salud del enfermo o para la integridad física o psíquica del enfermo o de otras personas.
2. El director del establecimiento donde se haga el internamiento debe comunicarlo a la autoridad judicial del lugar donde se halle el establecimiento en el plazo de veinticuatro horas.

«En el caso de que se pretendan aplicar tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física o psíquica de la persona afectada, es de aplicación lo establecido en el art. 219 para estos tratamientos, y las funciones atribuidas por el art. 219 al tutor o tutora, en este supuesto, son ejercidas por los familiares de la persona internada o, si no los hay, por el Juez o Jueza».

Añadiendo el artículo 219 que

«1. La persona titular de la tutela necesita autorización judicial para:

a) Internar a la persona incapacitada en un establecimiento adecuado.

b) Aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica.

2. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes.

En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al consejo de tutela, si lo hay, la decisión adoptada, en el plazo de veinticuatro horas, como máximo».

El hecho de la importancia que, en este campo, tiene el consentimiento del enfermo hace que deban tenerse muy en cuenta las instrucciones anticipadas que, al respecto, pueda haber dado el enfermo cuando conserve su competencia.

De lo dicho, podemos deducir que estos tratamientos especiales deben ser autorizados por el Juez cuando el paciente no pueda dar su consentimiento válidamente y pretenda someterse a una de estas técnicas. El Juez puede ser ese órgano de revisión de la decisión que establece la normativa internacional, valorando la incompetencia del enfermo para negarse y supliendo la voluntad del mismo cuando el tratamiento sea imprescindible y pueda otorgarse el consentimiento por representación o sustitución. En todo caso, si el enfermo es objeto de un internamiento involuntario bajo control judicial deberá comunicársele la aplicación de este tratamiento al Fiscal y al Juez para que estos adopten las medidas de protección del enfermo mental que consideren convenientes.

La Recomendación (2004) 10) del Consejo de Europa, exige en su artículo 28 que, cuando los tratamientos sean especialmente intrusivos y puedan provocar efectos físicos irreversibles, solo se puedan aplicar de forma excepcional, cuando no existan otros adecuados, con consentimiento libre, informado y escrito del paciente si posee capacidad (o autorización de un órgano judicial o de autoridad competente en otro caso), con excepción de los casos de urgencia y nunca en un contexto de internamiento involuntario.

5.– El espinoso problema de los tratamientos médicos involuntarios.

Este tema lo trataremos más adelante.

Para terminar, simplemente destacar la gran cantidad de problemas que presenta la rehabilitación del enfermo mental, rehabilitación que debe ser jurídica, social y psíquica, por lo que una coordinación de las normas, de los recursos y de los profesionales es imprescindible para garantizar a los afectados y, como consecuencia a sus familias, la calidad de vida que como seres humanos plenos merecen.

3. La autoridad judicial debe ratificar o dejar sin efecto el internamiento, de acuerdo con la legislación procesal, en el plazo de setenta y dos horas desde que recibe la comunicación.

4. La autoridad judicial, en la resolución en que ratifica el internamiento, debe hacer constar el plazo, que no puede exceder de dos meses, en que el director del establecimiento debe informar periódicamente sobre la situación de la persona internada, a fin de revisar la necesidad de la medida. A petición del director del establecimiento, la autoridad judicial puede acordar, dada la situación de la persona internada, que los informes sucesivos se emitan en intervalos superiores, que no pueden exceder de seis meses.

Artículo 212.6. Cambio de circunstancias en el internamiento voluntario

Si una persona que consintió su propio internamiento por razón de trastorno psíquico ya no está en condiciones de decidir su continuación porque las circunstancias clínicas o el riesgo asociado al trastorno han cambiado de forma significativa, el director del establecimiento debe comunicarlo a la autoridad judicial para que, si procede, ratifique su continuación, de acuerdo con lo establecido por el art. 212–5.3.

SECCIÓN TERCERA. Decisiones sobre el propio cuerpo

Artículo 212.7. Decisiones sobre el propio cuerpo

La libre decisión de las personas es determinante en las cuestiones que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental y, en particular, en cuanto al propio cuerpo y a la salud reproductiva y sexual».

5.- EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN
DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL.

5.— EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL.

La verdadera locura quizá no sea otra cosa que la sabiduría misma que, cansada de descubrir las vergüenzas del mundo, ha tomado la inteligente resolución de volverse loca.

Heinrich Heine (1797–1856) Poeta alemán.

1.— Las instituciones jurídicas son también un medio de suprimir barreras.

Comentaba Enrique González Duro al comenzar su libro *«Memoria de un Manicomio»* en la que cuenta su paso por el Sanatorio Psiquiátrico de Jaén y los problemas que tuvo en nuestra provincia la implantación de lo que, entonces, se llamó *«reforma psiquiátrica»* que

«Si preguntásemos a la gente de la calle sobre los enfermos mentales, sobre lo que realmente piensa de los locos, la respuesta sería más o menos ésta: «Los locos me dan miedo, pena o asco. La verdad es que no me preocupan, que me traen sin cuidado. Pero mejor no verlos ni olerlos. Me pasa como con los moros o los gitanos, mientras más lejos, mejor». Que no vengan a incordiar, que no molesten, que los quiten de en medio, que los encierren, como siempre se ha hecho, en lugar aparte, en un sitio cerrado, donde no sean vistos ni oídos ni olidos, donde puedan ser olvidados: Los locos son de otra parte y han de estar en otro mundo».

Recuerdo que, cuando era un joven estudiante de los primeros cursos de derecho, tuve la oportunidad de asistir a unas Jornadas que sobre la locura (así se titulaban) se celebraba en la sede de la CNT de Granada. En aquellos años, principios de los 80, estaba empezando en nuestra ciudad la llamada reforma psiquiátrica y había un cierto desasosiego social sobre lo que suponía *«dejar salir a los locos a la calle»*. Quizás por ello me dio, sin tener relación alguna entonces con el mundo de la salud mental, por asistir a aquellas jornadas. En ellas González Duro impartió una conferencia sobre la experiencia de Jaén. Tras ella se abrió un turno de preguntas y a mí se me ocurrió preguntarle si existía la locura. Su respuesta fue que, médicamente, la locura no existe, lo que existe es la enfermedad mental y, lógicamente, los enfermos mentales. Recuerdo, muchas veces, aquella respuesta. La enfermedad mental es algo accesorio, como cualquier otra enfermedad. La condición de persona, digna y libre, portador de unos valores innatos que la trascienden, es lo principal, lo sustantivo. El enfermo aquejado por una patología mental es, ante todo, una persona, un ser humano.

Y el desarrollo personal del ser humano no conoce límites. La persona que padece una enfermedad mental tampoco los conoce.

Es sintomático que el primer sanatorio psiquiátrico europeo sea el de Nuestra Sra. de los Inocentes de Valencia, fundado en 1409 por Fray Juan Gilabert Joffre, comendador del Convento de Nuestra Señora de la Merced, tras ver como unos jóvenes se burlaban de un pobre enfermo de locura. Seres inocentes son sin duda, con la misma capacidad que los demás para ser felices o desgraciados, y que precisan del apoyo contra las barreras que su enfermedad les impone.

Decía el Padre mercedario Juan Gilabert en su sermón de Cuaresma de ese año en la Catedral de Valencia:

«En esta ciudad hay mucha obra piadosa y de gran caridad pero es evidente que una falta, siendo tremendamente necesaria, como es un Hospital o casa donde los pobres inocentes y furiosos sean acogidos. Porque muchos pobres inocentes van por esta ciudad, pasando grandes necesidades de hambre, frío y daños. Por ello, como por su inocencia y su enfermedad no saben ganar, ni pedir lo que necesitan para sostener su vida, y por ello duermen por las calles y perecen de hambre y de frío (...) sería cosa santa y obra muy santa que en la ciudad de Valencia fuera hecha una habitación y Hospital en que estos locos e inocentes estuviesen de tal manera que no andasen por la ciudad ni pudiesen hacer daño ni se lo hicieren a ellos».

Y en esa lucha puede apoyarles el derecho. En el mundo de la discapacidad –sea esta física, sensorial o psíquica– se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a

una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte.

La institución jurídica de la incapacitación y el ejercicio de los mecanismos de protección derivados de la misma son la aportación jurídica a la supresión de barreras. Son, una y otros, la prótesis que nos va a permitir andar cuando hemos perdido una pierna. La incapacitación no es una muerte civil, ni una forma de controlar, como invisibles correas o rejas, al discapaz. Es una forma de protegerlo y de permitirle intervenir en la vida jurídica como si no existiera la discapacidad a través de sus tutores, curadores o padres. Se trata de ayudar al discapaz de la forma más conveniente y útil para que, como persona, pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. La incapacitación es la llave que abre las cadenas, la prótesis o la muleta que nos permite andar, la ayuda que necesitamos para proteger a nuestro familiar. Por ello, se ha dicho que el procedimiento de incapacidad es la primera institución social de derecho privado y una de las más importantes manifestaciones del Estado social de Derecho. Y ello pese a las concepciones que consideran que, dada la poca flexibilidad de la Administración de Justicia para la adopción de medidas, el proceso de incapacitación se transforma en un fardo para el proceso de rehabilitación psicosocial del enfermo mental. Desde las Secciones de Protección a las Personas con Discapacidad andaluzas llevamos mucho tiempo pidiendo a las asociaciones de afectados y a los familiares que le den una oportunidad al derecho. Este no va a solucionarlo todo, no tiene todas las respuestas, ni hará desaparecer el problema. Todos sabemos que los enfermos mentales necesitan tratamiento médico, pero también una profunda intervención social y, por qué no, una intensa protección jurídica de sus derechos y de los riesgos que, en la vida legal y social, su situación genera. Nosotros tenemos muy claro la máxima de Hipócrates dirigida a los médicos: *«Si puedes curar, cura; si no puedes curar, paliar; si no puedes paliar, escucha»*. Kant decía que la locura (y perdón por usar una palabra cargada de connotaciones negativas) consiste en la sustitución del sentido común por el sentido propio. Por eso nos es tan difícil entenderla e incluso nos da tanto miedo. Pero para entender tenemos que escuchar a los que viven y sufren el problema. Tenemos que acercarnos a ellos.

Esta protección jurídica del enfermo mental se exige por la Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 22 de septiembre de 2004 referente a la protección de los derechos humanos y de la dignidad de las personas con enfermedad mental. Es conveniente destacar los artículos 6 y 7 que indican la necesidad de que los pacientes mentales tratados o internados deban ser informados sobre sus derechos y que puedan tener acceso a una persona competente, independiente del servicio médico mental, que les ayude a ejercitar dichos derechos, así como la obligación de los estados de establecer mecanismos para su protección, cuando carezcan de capacidad, tanto para evitar ataques a sus derechos personales como para la defensa de sus intereses económicos. Entendemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, el órgano competente independiente es, precisamente, el Ministerio Fiscal.

Pero no basta con buenas leyes para una correcta protección de los enfermos mentales. Tenemos la obligación de hacer una segunda reforma psiquiátrica que complete los recursos que la primera dejó en el camino y que son imprescindibles para la rehabilitación psicosocial del enfermo mental y para el correcto funcionamiento de una verdadera psiquiatría en la comunidad que no haga descansar el 100% de la misma en las familias y no haga que muchos (familiares y profesionales) tengamos nostalgia de esos depósitos carcelarios en que se convirtieron los manicomios. La creación de unidades de media estancia, el aumento de los equipos para la asistencia domiciliaria, etc... Son necesidades que debemos reclamar.

La problemática jurídica del enfermo mental es suficientemente amplia como para esbozar en tan escaso margen de tiempo. No obstante, tratamos de exponer los puntos que nos parecen fundamentales.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 constituyó el hito detonante de un importante cambio de rumbo. La situación personal de los deficientes y de los enfermos mentales dejó de ser una cuestión meramente individual y familiar y se transformó en un asunto de importante calado social. El artículo 49 de nuestra Carta Magna nos sitúa ante un nuevo punto de partida al indicar que

«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

La reforma operada por nuestro Código Civil en 1983 incide en esta línea al potenciar la protección de los intereses personales, afectivos y morales, del incapacitado, como algo enraizado en su propia dignidad.

En el caso de los enfermos mentales se critica la falta de centros que acojan a estos enfermos a medio y, en los casos estrictamente necesarios, a largo plazo, evitando el fenómeno de la llamada puerta giratoria en la que los enfermos entran, se compensan y salen, para volver en la próxima crisis, sin que se dé una respuesta óptima a los enfermos de carácter crónico. En multitud de ocasiones los distintos Defensores del Pueblo (estatal, andaluz, valenciano...) han reflejado los problemas que esta situación comporta. Se constata como la falta de apoyo familiar, la falta de mecanismos sociales y de alternativas lleva a estos enfermos crónicos a la comisión de pequeños delitos y de ahí, al psiquiátrico penitenciario, dándose una nueva institucionalización más dura y cruel. Este fenómeno ya se constató en Andalucía en 1987 cuando un Comité constituido por la Unión Progresista de Fiscales, Jueces para la Democracia y la Asociación de Neuropsiquiatría de Andalucía indicaba:

«... Cuando se unen enfermedad mental deteriorante grave, de curso prolongado, y dificultades familiares (penuria económica, ausencia o avanzada edad de los padres, etc) hay únicamente la breve estancia en la Unidad de Agudos, la visita periódica al domicilio, la inyección mensual... El resto es encierro en el domicilio, vagabundeo sin rumbo, empleo u ocupación protegida, apoyo psicosocial mantenido, programas específicos de rehabilitación de pacientes a medio y largo plazo... nada de eso existe. Este problema, a corto plazo, va a ser el origen de una nueva institucionalización, de un nuevo encierro, mas duro y difícil de desmontar que el presente. Algunas de las personas ya están en el Psiquiátrico penitenciario y otros, los que tienen dinero, en clínicas y residencias privadas encerrados...».

Este grave problema parece no querer resolverse desde el campo público, trasformando a estos enfermos como marginados entre los marginados. Esta situación se refleja, de forma especialmente contundente, en los enfermos mentales que se encuentran cumpliendo pena en los centros penitenciarios en una situación que no les permite el recibir un tratamiento adecuado a su dolencia y sin coordinación con los dispositivos que, hasta ese momento, se encargaban de su tratamiento tal como ha denunciado el Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe de 1997.

La resolución de este importante problema corresponde, además de a la sociedad en su conjunto, a las entidades que trabajan en el campo de la enfermedad mental, es decir, a los servicios sanitarios de salud mental que deben crear unidades de media y larga estancia, y a los servicios sociales, ya que la reinserción y rehabilitación de los enfermos mentales es algo más que un problema sanitario, sino que exige también importantes medidas de carácter social. La búsqueda de mecanismos de adhesión al tratamiento por parte de los enfermos es también una forma de colaborar en esta tarea, lo que nos lleva a la problemática del tratamiento ambulatorio involuntario que luego veremos.

2.- La incapacitación como capacitación.

Por capacidad jurídica debemos entender la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y deberes jurídicos, la idoneidad para ser sujeto de relaciones jurídicas. Toda persona desde su nacimiento hasta su muerte tiene capacidad jurídica y esta es igual para todas ellas con independencia de las especificidades o patologías que cada uno tenga.

Ahora bien, podemos diferenciar entre la titularidad del derecho y el ejercicio del mismo. Por ello podemos distinguir entre la aptitud para ser titular del derecho (capacidad jurídica) y la aptitud para el ejercicio de los derechos de los que somos titulares (capacidad de obrar) que depende de la situación personal de cada sujeto. Capacidad de obrar es la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos. O lo que es lo mismo: la cualidad jurídica de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos.

La capacidad de obrar plena se presume y su restricción debe ser acreditada de modo evidente y completo (SsTS de 6 de julio de 1987 y 18 de marzo de 1988, entre otras).

Dentro de la capacidad de obrar se incluye la capacidad comercial o de contratación. Esta capacidad no viene reflejada de forma expresa en el Código Civil y se refiere, en definitiva, a la posibilidad de que una persona sea capaz de hacer negocios y contratos de forma válida, como un ejercicio más de la capacidad civil globalmente considerada.

En la práctica, puede resultar alguno de estos actos impugnados por falta de capacidad de la persona, como consecuencia de haberlos realizado en un momento o estado de afectación por un trastorno psíquico. Puede tratarse de la intervención en negocios o actos realizados, por ejemplo, en episodios de embriaguez, en episodios maníacos o depresivos, estados delirantes, etc. Situaciones, en definitiva, que no permiten la inca-

pacitación, bien por su presencia de forma muy transitoria o porque tras de ellas se alcanza la recuperación de las funciones psíquicas alteradas y dicho procedimiento incapacitante no resulta ya, por tanto, procedente.

Los actos realizados en esas circunstancias anómalas pueden ser impugnados como nulos, tanto por el propio interesado al recobrar su estado normal como por otros perjudicados. En realidad nos encontramos ante casos de falta de consentimiento prestado libre y voluntariamente por el enfermo. Este ha de ser emitido libremente y, de estar condicionado por algún trastorno, puede ser considerado nulo. El Código requiere solo la existencia de la enfermedad, sin la exigencia de declaración judicial de la incapacidad y por tanto hay que interpretar que aún cuando la incapacidad no haya sido declarada ni se hayan tomado medidas judiciales en ese sentido, se puede llegar a la nulidad de un contrato, si la enfermedad mental existe e influyó, en suficiente grado, en la voluntad del contratante (SsTS de 21 de abril de 1896 y 1 de febrero de 1986). A pesar de lo dicho, tras la reforma legal operada en 1996 se habla de que no podrán prestar consentimiento los incapacitados, lo que hace que algún sector doctrinal considere que es siempre necesaria, a partir de ahora, para la constatación del vicio en el consentimiento, una previa declaración judicial de incapacidad. Ahora bien, sigue siendo posible que los defectos psíquicos anteriormente enumerados, encuentren a partir de ahora acomodo jurisprudencial en la simple ausencia de consentimiento real para contratar, lo que permite invalidar el consentimiento prestado sin necesidad de que exista declaración judicial de incapacitación.

Con la incapacitación no se trata de privar a una persona de su capacidad jurídica. Más bien, al contrario, de lo que se trata es de constatar las posibles carencias de su capacidad para poder completarlas. A través del mecanismo de protección, esta persona podrá ejercer y gozar plenamente de sus derechos y cumplir correctamente sus obligaciones, ya que la finalidad de los procedimientos de capacidad, más que la incapacitación como muerte civil es la llamada recapacitación como forma jurídica de reinserción jurídica y social. El proceso de capacidad es la forma jurídica de intervenir en la reinserción y recuperación social del enfermo mental que ha perdido, total o parcialmente, su capacidad de autogobierno.

La enfermedad que surge como causa inicial de la incapacidad debe ser actual y persistente, duradera, de evolución crónica, no siendo previsible una mejoría sustancial, de acuerdo con el estado actual de la acción terapéutica. Esto no supone que la evolución de la medicina no permita una futura curación, que elimine como causa de incapacidad alguna patología, o pueda darse una reintegración de la incapacidad ya decretada, algo que, como veremos, permite la ley. Como verdaderamente persistentes deben incluirse solo los trastornos que por su propia naturaleza sean duraderos y los que no ofrezcan posibilidad real de mejoría con los tratamientos actuales.

No cabe incapacitar por un ataque o una situación aguda, sino por algo persistente, siempre que tenga una entidad tal que el sujeto no pueda gobernarse, es decir, no pueda actuar por sí mismo en el mundo jurídico con las mínimas garantías de que, con conciencia y voluntad, realice los actos libre y conscientemente. Para ello, como veremos, habrá que tener en cuenta también el entorno en que esta persona realiza su vida, y su intervención en el mundo y en el tráfico jurídico. Solo si es verdaderamente imprescindible procederá la incapacitación.

Hay que destacar que la incapacidad es algo más que un diagnóstico. La enfermedad, como punto de partida, debe provocar una sintomatología suficiente para producir unos efectos que impidan el autogobierno de la persona, la capacidad de autocuidado de su persona y de sus bienes, y la defensa de sus propios intereses. El resto de los fenómenos psicopatológicos por raros y extravagantes que parezcan carecen de trascendencia a efectos civiles. La capacidad de autogobierno supone que uno sea potencialmente capaz de conseguir medios de subsistencia, así como administrar sus bienes y patrimonio de acuerdo con sus intereses, sin perjudicarlos por algún déficit de personalidad.

De acuerdo con lo dicho, habrá que estar, no al diagnóstico, sino a los efectos que la enfermedad origina y las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz.

Pueden iniciar el procedimiento de incapacidad el cónyuge, aunque se halle separado, ya que la separación no disuelve el vínculo conyugal, pareja de hecho, descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz (art. 757 LEC), de forma indistinta, ya que la nueva ley procesal ha abandonado la anterior supletoriedad de ascendientes y hermanos; respecto al menor de edad, cuando concurra causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad, sólo quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757 4º LEC); también puede hacerlo el propio discapacitado (autoincapacitación) y el Ministerio Fiscal, en los casos previstos en el artículo 757- 2º LEC.

En todo caso, la relación jurídico–procesal habrá de completarse con la intervención del Ministerio Fiscal, que será siempre necesaria, aunque no haya sido promotor del juicio (art. 758 LEC).

En el ámbito del juicio declarativo verbal, con arreglo al art. 759 –1º LEC, la declaración de incapacidad viene condicionada a la práctica, por lo menos, de determinadas pruebas, cuya importancia es decisiva como lo demuestra el hecho de que la LEC las impone como de obligada practica incluso en la segunda instancia, concediéndose asimismo una gran facultad probatoria al Juez.

Estas pruebas son:

- 1.^a– Examen del presunto incapaz por el Juez, por sí mismo: Por imperativo legal, es indispensable que el Juez verifique personalmente este examen. Esto crea múltiples dificultades en los casos de presuntos incapaces que, a lo largo del procedimiento, van de un sitio a otro, sin que puedan ser examinados por el Juez dejando paralizado el procedimiento. La falta del examen personal según el Supremo acarrea la nulidad del procedimiento.

El carácter confidencial del examen recomienda que estén a solas examinador y examinado, y todo lo más presenciara la conversación otra persona, que guardará discreto silencio, si ello fuera necesario para tranquilizar al explorado, pero no debiendo estar los abogados de las partes.

- 2.^a– Audiencia de los parientes más próximos por el Juez: También por exigencia legal, el Juez viene obligado a oír personalmente a los parientes más próximos del presunto incapaz, e igualmente es recomendable que oiga al cónyuge o persona unida a él por análoga relación de afectividad, aunque el Código nada diga sobre ello. Se discute sobre que familiares deben ser oídos, ya que el CC no los determina. Indudablemente deben ser los más próximos, aunque por decisión del Juez también puede oírse a otras personas, lo que tendrá gran interés en aquellos casos en que el presunto incapaz carece de familiares o estos residen lejos de él, pero existen otras personas que conviven con el mismo y pueden informar al Juez de la situación de este.

No nos encontramos ante una autentica prueba testifical y, por ello, hay una absoluta libertad para el interrogatorio. Puede utilizarse para recabar los antecedentes que sobre la presunta enfermedad suministren personas distintas del enfermo; sin olvidar que los datos recogidos no siempre serán sinceros al tratarse de casos judiciales, en que tal vez exista interés anómalo para conseguir una declaración de incapacitación, exagerando las taras familiares o patológicas que afecten al sujeto. Si se trata de enfermedad o deficiencia psíquica, se preguntará a los parientes sobre las molestias y disgustos proporcionados por el presunto enfermo, precisamente por la anormalidad de su psiquismo, así como los detalles concernientes al programa medio de vida cotidiano y los antecedentes sobre enfermedades nerviosas y mentales, alcoholismo y toxicomanías de los ascendientes, además de todo aquello que revele la reactividad patológica del enfermo. En su caso, después de haber oído a los parientes del presunto incapaz, al amparo de las facultades que le confiere el último inciso del art. 752 1º LEC, el Juez dispondrá cuantas pruebas complementarias estime pertinentes. En este tipo de procesos se ha introducido un cierto principio inquisitivo, pues los Jueces, sin perjuicio de las pruebas a instancia de parte, podrán decretar de oficio las que estimen pertinentes.

- 3.^a– Dictamen facultativo sobre las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico del presunto incapaz: Cualquiera que sea el carácter de las enfermedades o deficiencias, para declarar judicialmente la incapacitación se requiere una peritación médica que, además de apreciar alguna de aquéllas, proporcione un criterio positivo sobre su persistencia, así como respecto al impedimento que signifique para que la persona pueda gobernarse por sí misma.

De apreciarse la existencia de enfermedad o deficiencia física o psíquica, por imperativo legal es condición imprescindible expresar en el informe un diagnóstico rotundo y concluyente, o al menos de presunción, sobre su permanencia, habitualidad o persistencia, es decir, sobre si se mantendrá firme o constante. También constituye requisito básico informar de modo preciso si la persona de que se trate se encuentra impedida para gobernarse por sí misma y hasta qué punto, en conexión causal con la anomalía ya diagnosticada como persistente y teniendo en cuenta las actividades o asuntos del enfermo.

Durante el procedimiento la ley establece la posibilidad de que el Juez acuerde determinadas medidas para la protección de la persona del presunto incapaz o de su patrimonio.

Podrá adoptarlas el Juez en cualquier estado del procedimiento, tanto de oficio como a instancia de parte (art. 762 LEC).

Así, respecto a la persona física, podrá acordar el Juez nuevos reconocimientos facultativos, establecer la periodicidad de éstos, decretar el internamiento en determinado Centro asistencial o el traslado a otro, etc. También entendemos que se pueden incluir entre estas medidas, el establecer el sometimiento obligatorio a tratamiento ambulatorio, ya que esta medida sería menos lesiva para los derechos fundamentales que la de internamiento, y sería conveniente para el interés del presunto incapaz. En contra de esta afirmación se encuentra el no existir precepto legal que autorice este sometimiento obligatorio de forma expresa.

En cuanto al patrimonio, para evitar la desaparición de bienes y la extinción de derechos, o su menoscabo, acordar depósitos de dinero en la Caja General de Depósitos o en Entidades bancarias o Cajas de Ahorros, embargos preventivos y aseguramientos de bienes, administraciones judiciales, anotaciones preventivas de demanda en el Registro de la Propiedad, etc. Digamos, no obstante, que la experiencia demuestra que los jueces son muy reacios a la adopción de este tipo de medidas, dejando todos los aspectos económicos pendientes del nombramiento del tutor, lo que puede provocar graves molestias y perjuicios al presunto incapaz y a su familia.

Dado el carácter excepcional de la incapacitación, esta solo debe persistir en tanto las circunstancias que la provocaron existan. En general, debe revocarse la incapacidad cuando cese la causa que la motivó, por una modificación de las circunstancias externas o por un cambio del estado del incapacitado.

Con especial aplicación al ámbito psiquiátrico, no es necesaria la vuelta completa a la salud mental, puesto que no son las enfermedades o deficiencias psíquicas las que deciden la incapacidad, sino las consecuencias de ellas, es decir, su repercusión sobre la discriminación y la sana crítica, sobre la capacidad de conocer y darse cuenta de los motivos de conducta y de las consecuencias económico-sociales de los propios actos. Puede bastar, por tanto, una mejoría de la salud mental para que de ella resulte una idoneidad suficiente para gobernarse por sí mismo y a los propios bienes; teniendo en cuenta, como para la inhabilitación, la amplitud y complejidad de los bienes que han de tutelarse, poniendo en relación el grado de recuperación intelectual-volitiva con la peligrosidad civil.

Las circunstancias externas pueden haberse simplificado, el círculo de los negocios haberse reducido; por otra parte, el estado del enfermo puede haber mejorado, por que su psicosis después de un largo transcurso muestre una remisión.

Es habitual en la práctica diaria la confusión entre internamiento, incapacidad laboral y administrativa, inimputabilidad e incapacidad civil. Confusión que se da no solo en las personas sin formación jurídica alguna, sino en letrados, jueces, fiscales y otros profesionales jurídicos. Por ello creemos útil esbozar una ligera división de conceptos.

En primer lugar, vamos a deslindar los conceptos de inimputabilidad penal e internamiento e incapacidad civil.

Algunas enfermedades o deficiencias psíquicas no tienen la misma valoración en las jurisdicciones penal y civil, como ocurre con las esquizofrenias, que en la primera y por lo general se consideran aptas para una declaración de inimputabilidad y exención de responsabilidad criminal, y en cambio, en la segunda solo en muy contadas ocasiones podrán servir de base para declarar la incapacitación.

Es necesario separar también la incapacidad civil del concepto de incapacidad establecido en la normativa laboral. La incapacidad civil y la incapacidad laboral parten de presupuestos distintos y poseen efectos distintos, siendo la jurisdicción civil ordinaria y preferente frente a la especializada laboral. La valoración de la incapacidad en el campo laboral a los efectos de pensiones asistenciales no coincide con el planteamiento civil y por ello no condiciona el mismo. Es frecuente en los organismos de la Seguridad Social, ahora ya menos precisamente por la actuación de las diferentes Fiscalías, el exigir nombramiento de tutor para el cobro de la pensión creando una especie de incapacidad administrativa, y provocando carreras en los familiares para lograr rápidamente un tutor lo que no se coordina con la normal reflexión que conlleva una declaración de incapacidad. Esta exigencia carece de toda apoyatura legal o lógica. La pensión debe abonarse con independencia de que exista o no incapacidad civil o tutor, para lo que puede utilizarse el mecanismo del guardador de hecho.

Tampoco es equiparable internamiento e incapacitación. Muchas veces los familiares pretenden la incapacitación porque alguien les ha dicho que es necesario para internar a su hijo en un centro y que si se le incapacita la Administración lo va a internar en un centro público, saltándose incluso las frecuentes listas de espera. Eso no es cierto. Si el presunto incapaz esta para internar se le internara este o no incapacitado. Si no lo esta, aunque este incapacitado no se le internara. Como veremos después tampoco existe obligación de internar en

vía civil cuando existe auto autorizando el internamiento y, por lo tanto, el Auto de internamiento ordinario no provoca un avance en la lista de espera. Existen enfermedades que provocan internamientos frecuentemente, esquizofrenias y otras psicosis, y solo excepcionalmente dan lugar a la incapacitación.

3.— Algunos aspectos relativos a la responsabilidad del tutor.

Hemos visto anteriormente que la incapacitación debe ser graduable, es decir, la sentencia debe determinar los actos que el discapacitado no puede hacer por sí solo y el tipo de asistencia (tutela total, tutela parcial o curatela) que necesita para realizar los mismos. Con el mecanismo de protección hay que buscar el hacer un traje a medida al incapaz, privándolo solo de lo estrictamente necesario, y manteniendo su capacidad en lo posible. Por ello se aboga por informes forenses que reúnan diversas capacidades, manifestándose de forma concreta sobre la capacidad del enfermo para entender las mismas, y, sobre ellas, montar la sentencia de incapacidad, de la forma más acorde para cada caso concreto. La otra solución sería la de buscar un traje ya confeccionado que podría estarle grande o pequeño. Aunque la solución sea más fácil y cómoda, también es más injusta. Como ejemplo de ello, podemos decir que mientras que el tutor representa al discapacitado, el curador solo lo asiste para garantizar la corrección de su decisión, pero no lo representa. De una forma gráfica, para vender una casa el tutor la vendería el solo ante el Notario— aunque con autorización judicial— y el curador firmaría, pero también lo haría el incapaz. El tutor actúa por el incapaz, el curador con el mismo.

Los problemas derivados de la responsabilidad civil son de los que más retraen a las personas para la aceptación de la responsabilidad tutelar. Con respecto a esta responsabilidad son escasas las manifestaciones jurisprudenciales existentes, lo que dificulta el estudio del alcance de la misma. Contrasta esta falta de pronunciamientos jurisprudenciales con la estabilidad de esta responsabilidad desde la promulgación del Código Civil que la basa en un pronunciamiento lógico de excesiva simpleza: si el mecanismo de protección funciona, los actos ilícitos de los incapaces no se producirán, mientras que, en el caso contrario el mecanismo de guarda habrá fallado por lo que debe trasladarse la responsabilidad al patrimonio de la persona a la que correspondía el deber de cuidado.

El párrafo tercero del artículo 1903 CC indica que *«los tutores lo son (responsables) de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía»*, añadiendo el apartado sexto del mismo artículo que *«la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»*.

El fundamento de esta responsabilidad es también la llamada culpa in vigilando. Así lo contempla la STS de 15 de febrero de 1975 que expone textualmente que la responsabilidad procede de

«(...) el hecho de no haberse adoptado por el tutor en relación con el menor todas las medidas necesarias para evitar que éste originase un daño por su falta de idoneidad y como el artículo 1903—3 le sitúa a aquél como un titular subsidiario efectivo de un haz de deberes y derechos igual a los integrantes de la patria potestad. Entre los que se hallan, el deber de «educar» común a los padres y tutores, deber éste que se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico luego producido (...)».

Para que se dé esta responsabilidad es preciso que el pupilo habite en compañía del tutor, pues difícilmente podrá este controlar personalmente y supervisar la actuación del que tiene bajo su tutela sino comparte el mismo domicilio. Añadamos que según dispone el artículo 269 CC, a sensu contrario, el tutor no tiene obligación de vivir con el pupilo.

Esta apreciación entronca la responsabilidad civil del tutor con la del guardador de hecho por lo que debemos plantearnos los efectos del juego de ambas responsabilidades. Lógicamente, nos referimos a la responsabilidad que contrae el guardador de hecho por los actos realizados por la persona que tiene bajo su guarda y de los que se deriva responsabilidad, incluso, en aquellos casos, en que la guarda conviva con un órgano de protección legalmente constituido.

La doctrina se pregunta si al guardador de hecho le es aplicable el artículo 1903, y si puede trasladarse la responsabilidad del tutor al guardador de hecho cuando es este el que habita en compañía del menor o incapaz.

Nosotros nos decantamos por la postura que defiende la posibilidad de hacer responsable al guardador de hecho. La aplicación estricta del artículo 1903 CC en los casos de convivencia del incapaz con un tercero debería determinar el correspondiente traspaso de responsabilidad.

A pesar de lo dicho nuestro Tribunal Supremo, posee una jurisprudencia contradictoria que nada nos aclara. La tendencia doctrinal amplía esta representada jurisprudencialmente por diversas sentencias del mis-

mo que consideran que los casos establecidos en el artículo 1903 son solo enunciativos o como ejemplo. Entendemos que el artículo 1903 CC es una prolongación del 1902 CC, por lo que lo importante no es el nombre o la calificación jurídica que se le dé a la persona, sino si esta tiene obligaciones de vigilancia y educación, que por negligencia no cumple correctamente, y como causa de ello se provoca el daño.

Siguiendo a Bustos Valdivia podemos establecer un esquema de la responsabilidad del guardador de hecho en los distintos supuestos:

- a.—Si la guarda se encuentra formalmente constituida – bien por resolución judicial de nombramiento de guardador o resolución administrativa de acogimiento– no existe duda alguna de la responsabilidad del mismo.
- b.—Si el guardador de hecho concurre con padres o tutores.— Esto puede ocurrir por dejación o encargo, gratuito u oneroso, de los mismos bien de forma permanente o temporal.

Dado que el artículo 1903 CC exige para establecer la responsabilidad de los padres que los hijos se encuentren bajo su guarda, en los casos en que esto no sea así por existir un guardador formal o convencional, serán estos guardadores los que deberán responder. La responsabilidad del guardador se basaría, al menos, en el artículo 1902 y solo si el daño se causó por su culpa o negligencia, ya que en ese caso no existiría la misma en los padres.

- c.—Guardador de hecho a falta de patria potestad o tutela.— Es el caso más habitual de guarda de hecho pudiendo encontrarnos ante diversos supuestos:
 - Cuando nos encontramos ante un incapacitado por sentencia, el guardador esta actuando como un verdadero tutor y le es aplicable el artículo 1903 CC no por que estemos ante una lista abierta, ni por aplicación analógica, sino porque esta figura ya se encuentra dentro de su espíritu. En este caso existe una situación de dependencia similar a la patria potestad y a la tutela. No nos encontramos ante un deber de vigilancia legal, pero de la situación de hecho surge un deber de vigilancia de hecho.

Según un sector doctrinal esta responsabilidad puede basarse también en el incumplimiento del artículo 229 CC que impone al guardador de hecho la obligación de instar la tutela cuando exista un hecho que la motive. Por ello, si no la promueve responde de forma solidaria con el resto de los obligados. Nosotros creemos que esta responsabilidad solo afectaría a los daños causados al pupilo como consecuencia de la no constitución de la tutela, pero no a los daños causados por éste a terceros, ya que la causa de que el guardado cause daños a terceros no se encuentra en la no constitución de la tutela, sino en la falta de vigilancia tratándose de situaciones distintas. Además, esta postura mezcla dos puntos de partida diferentes ya que confunde la constitución de la tutela, con un supuesto deber de promover la incapacitación que, en realidad, no existe tratándose solo del establecimiento de una legitimación de carácter procesal. Por ello, para los que defienden esta postura, la situación en la que quedan los parientes de un incapaz natural es incomoda y peligrosa con independencia de la existencia de la incapacitación o no. Si lo incapacitan, la interpretación objetiva del Tribunal Supremo los hará responsables de los daños causados por el incapaz, bien como padres o tutores, bien como guardadores de hecho. Si no lo hacen, podrán devenir responsables por no haberlo incapacitado.

- Guarda de un incapaz natural no incapacitado.— Los Tribunales de la jurisdicción penal se han enfrentado, sobre todo en el caso de los enfermos mentales, en muchas ocasiones, a esta cuestión. Y lo han hecho con una actitud tremendamente vacilante, responsabilizando en unos casos al incapaz autor del daño y en otros al guardador de hecho. Nosotros creemos que el guardador de hecho seria responsable por los mismos motivos que hemos indicado anteriormente. La responsabilidad tendría el mismo alcance que la de los padres y tutores. Sería, pues, directa y cuasiobjetiva ya que solo se podrá eximir de ella demostrando que empleo la diligencia debida para prevenir el daño.

La regulación penal si contempla de forma expresa la responsabilidad del guardador de hecho. Lo hace distinguiendo si el enfermo esta incapacitado o no.

El primer caso se contempla en los artículos 118 y 120 del Código Penal. El 118 establece la responsabilidad conjunta de los autores y de los padres y tutores. Se da, pues, una responsabilidad personal del autor inimputable y solidaria de los padres y tutores. Por el contrario el 120, establece una responsabilidad subsidiaria de los padres y tutores. Nos encontramos ante una doble regulación carente de fundamento, ya que ambos artículos parecen responder a un mismo problema. Entendemos que, aunque existen diferencias entre

ambos, el artículo 118 CP recoge un supuesto más amplio que el del 120 del mismo cuerpo legal. Así el artículo 118-1º CP se refiere al caso de inimputable, pudiendo estar o no incapacitado civilmente, y alcanzando la responsabilidad de forma conjunta y directa al enfermo y a su guardador, sea de hecho o de derecho. El 120 CP exige la existencia de previa incapacitación civil ya que solo puede estar sometido a patria potestad o tutela el mayor de 18 años que haya sido incapacitado por los Tribunales. En este último caso la dicción del precepto parece excluir como responsable al guardador de hecho.

A modo de conclusión diremos que, cuando hablamos de la responsabilidad civil de tutores y guardadores de hecho, es preciso distinguir los casos del incapaz que pueda distinguir lo que está mal y lo que está bien del que carece del mismo. Dicho de otro modo, la mera existencia de la sentencia de incapacitación y el nombramiento de tutor no debe conllevar, necesariamente, a la responsabilidad civil de los padres o tutores, sino que esta se da solamente si, en el caso concreto, el incapaz no puede discernir el bien del mal como se deduce de la responsabilidad civil derivada de delitos penales.

Si el incapaz posee dicho discernimiento será él mismo el que deberá responder con sus propios bienes si es que los tiene. Si no los posee responderán por él sus padres (este o no este incapacitado), sus tutores o sus guardadores de hecho, con el alcance que hemos visto, por lo que la incapacitación y el nombramiento como tutor no cambia para nada la situación de cara a la responsabilidad si somos parientes próximos o si el enfermo vive con nosotros.

Por ello, podemos afirmar que la sentencia de incapacitación ni disminuye ni aumenta la posibilidad de que un padre o familiar que asume la guarda y convive con un incapaz, deba responder por los actos de aquel.

En el caso de que el guardador, tutor o padres, respondan por los actos del pupilo podrán resarcirse con los bienes de este, con la salvedad de que los hechos hayan sido realizado por culpa o negligencia de los mismos, y teniendo en cuenta el grado de discernimiento del pupilo.

Habrà que valorarse en cada caso concreto, la posible participación de varias personas – tutor y guardador de hecho, por ejemplo– en la producción de los daños y, por tanto, la existencia de una concurrencia de culpas, entre ambos mecanismos de guarda, si bien la valoración del alcance de la misma deberá realizarse caso por caso. Igualmente, sería conveniente que las personas que se encuentren en esta situación contraten seguros para atender la responsabilidad que pudiera afectarles. De esta manera la responsabilidad que se deriva de la tutela no condicionará nuestra obligación de cuidar de las personas que nos son próximas. El problema de estos seguros está en su coste (que podrían paliarse con subvenciones estatales o con posibilidad de deducción en la renta) y en que no se encuentran suficientemente extendidos en la actividad de las entidades de seguros por lo que deberían buscarse mecanismos como el establecimiento de unos seguros mínimos por alguna entidad pública como el consorcio de compensación de seguros.

4.– Internamientos psiquiátricos.

Al hablar de los internamientos como medida de protección parece conveniente recordar en primer lugar los principios que presiden todo internamiento y sin cuya observancia la medida fácilmente puede convertirse en un remedio legal cómodo para conculcar derechos y libertades individuales.

De aquí se deducen varias consecuencias:

- a) No se puede internar a una persona por el solo hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas predominantes de la sociedad.
- b) No se puede internar a nadie como enajenado sin pruebas médicas que revelen en él un estado mental que justifique una hospitalización forzosa. En palabras de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *«el internamiento se concibe sólo para el caso de que el paciente, en razón de sus trastornos mentales, represente un grave peligro para su persona o la de otro, o para el supuesto de que la ausencia de internamiento lleve consigo, por la gravedad de la enfermedad, el deterioro del paciente o su falta absoluta de tratamiento»*.
- c) Oír al enfermo es necesario, pues no basta confiar el acuerdo de internamiento a lo que evidencien los informes médicos.
- d) La revisión periódica del caso constituye otra garantía, ya que el internamiento no debe, en principio, durar *sine die*, pues como medida excepcional que es, ha de ser utilizada cuando no quepa un tratamiento en régimen de libertad o ambulatorio (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Todo internamiento psiquiátrico conlleva una privación de libertad con fines de carácter terapéutico que si es involuntaria tiene carácter de forzosa. Es una actuación sanitaria destinada a la recuperación de la salud, limitándose el Juez a autorizar o a aprobar la medida si el afectado no puede prestar su consentimiento por sí mismo. El Juez, en el campo civil, nunca puede ordenar el internamiento lo que solo puede hacer dentro del procedimiento penal como medida de seguridad tras la sentencia.

Como hemos visto los internamientos pueden ser voluntarios cuando el afectado, pudiendo hacerlo presta su consentimiento. El internamiento voluntario y extrajudicial tiene lugar cuando una persona mayor de edad y a la que se presume capaz, presta su consentimiento, debiendo recoger el Centro asistencial su conformidad por escrito, firmado por el interesado y precisándose el objeto y fin del internamiento.

Dentro de los internamientos involuntarios, en los que el afectado no presta su consentimiento o no está en condiciones de hacerlo, nos podemos encontrar con dos clases fundamentales:

Urgente.— La necesidad y la premura requieren una intervención sanitaria inmediata, que debe decidir el médico. El Juez solo convalida o reprueba lo ya realizado. El Juez deberá revisar si concurre o no la indicación Médica necesaria para el internamiento.

Ordinario.— No se encuentra presidido por la urgencia y por ello puede esperar una decisión un poco más reposada, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria no procediéndose al internamiento hasta que no exista auto que lo autorice (ya hemos dicho que, en ningún caso por vía civil, lo ordena). En este caso el internamiento debe solicitarse en el Decanato, sin perjuicio de su reparto por antecedentes si se encuentra en trámite el proceso de incapacitación.

Hemos de indicar que, en muchas ocasiones, se trata de provocar una decisión judicial de internamiento a través de la guardia cuando el médico no quiere proceder al mismo. Esto es un error. El Juez no ordena el ingreso. Por ello, el médico puede rechazar el mismo si médicamente no existe motivo. Si existiera un motivo urgente lo habría ingresado por la vía de urgencia. Otras veces esto se hace para pedir el auxilio policial pero esto no es preciso ya que el médico puede requerir por sí mismo el auxilio de la fuerza (Ver artículo 13 de la Resolución 19/1990 de 18 de Abril del Servicio Andaluz de Salud). El sistema implantado con el artículo 211 del Código Civil, hoy mantenido por el 763 LEC es de riguroso control judicial, pero no de internamiento judicial. No se trata de que el internamiento y el alta quede en manos del Juez, sino que solo se producirá el internamiento por decisión médica, pero con el control o garantía del Juez. Solo en el caso de que el Juez no ratifique el internamiento urgente realizado por un médico y deba darse el alta al enfermo en contra del criterio médico puede hablarse de que nos encontramos ante una orden judicial.

Se discute cuales deben ser los criterios que debe barajar el Juez para autorizar el internamiento. Podemos decir que debe tener en cuenta como presupuesto básico la necesidad clínica. Pero además la voluntad del paciente si este está en condiciones de manifestarla, el perjuicio de tercero si bien solo como criterio complementario siempre que este sea real y de cierta entidad. Y, en último extremo, puede valorar la probabilidad de daños a sí mismos y a terceros y la alarma social que provocan.

Aunque objetivamente el internamiento forzoso suponga un acto contrario a la voluntad explícita del enfermo, se puede entender que, de hecho, esta voluntad está abolida o mermada como consecuencia de la enfermedad y, en puridad conceptual, no se contraviene el deseo de autodeterminación de una persona capacitada desde el punto de vista del individuo dotado de las facultades propias de un adulto normal. Según la literatura científica, las situaciones de patología mental que requerirían el internamiento serían las siguientes:

1. Según el criterio de peligrosidad:

- Riesgo de autoagresividad.

- Riesgo de heteroagresividad.

2. Según el criterio de asistencia:

- Incompatibilidad social con riesgo de incapacidad para realizar las tareas de cuidado personal más necesarias.

Grave enfermedad mental que, aunque no incluya ninguno de los supuestos señalados en los apartados anteriores, suponga un riesgo de agravación en caso de no ser adecuadamente tratada, y en el caso de que dicho tratamiento deba realizarse bajo cuidados que sólo son posibles en régimen de hospitalización.

No obstante lo dicho, la doctrina se ha cuestionado si la peligrosidad puede considerarse una indicación para llevar a cabo el internamiento civil. Se enmarca esta discusión en la opción por uno de los dos sistemas clásicos de justificación para el internamiento de estos enfermos. El primero de ellos se basa en la seguridad de las personas. Son razones de orden público las que provocan dicho internamiento. El segundo incide en un concepto asistencial por el que el Estado debe proteger a estas personas en el caso de no existir o no funcionar los mecanismos tutelares. En el primer sistema sería en el que el concepto de peligrosidad tiene un valor esencial como causa de internamiento. Este sistema se ha seguido en nuestro derecho histórico y tiene numerosos ejemplos en el derecho comparado. A pesar de las dificultades para concretar el criterio de peligrosidad inminente, este criterio está admitido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y numerosos textos internacionales.

En nuestro derecho no existen motivos para entender que el criterio de la peligrosidad en el internamiento pueda acusarse de inconstitucional. Incluso el artículo 219 del Código de Familia Catalán lo contempla como justificante del internamiento urgente. Ahora bien, en nuestro ordenamiento común el internamiento se ha configurado como una hospitalización por razones meramente terapéuticas eliminándose todo vestigio de orden público, lo que, sin duda, ha contribuido a desestigmatizar al enfermo mental.

Expresado de otro modo. El trastorno psíquico, sea cual sea su causa, es un requisito ineludible para proceder al internamiento. Ahora bien, el precepto no presenta las características que el trastorno debe poseer para justificar la privación de libertad. La decisión judicial debe considerar si existe riesgo de agresividad contra los demás o contra sí mismo, pérdida de una mínima autonomía personal, o grave enfermedad mental cuya terapia requiera el ingreso.

El internamiento solo limita la libertad para someterse a un tratamiento médico determinado. Ello significa, que salvo el criterio estrictamente médico lo desaconseje, no se puede privar al enfermo de otros derechos tales como el de recibir visitas, salir del Centro si es posible, etc... Mucho menos por decisión de sus parientes, ya que ello requeriría nueva decisión judicial. Igual ocurriría en el traslado de centro, a no ser que el auto autorizante ya previera dicha posibilidad. Así lo indicaba el Defensor del Pueblo en su Informe de 1996, ya que el mismo no supone una limitación del resto de sus derechos fundamentales (pp. 53).

En la actualidad no se establece quiénes pueden solicitar el internamiento, pero por analogía con los legitimados para la declaración de incapacidad y de reintegro de la misma, podrán hacerlo:

- 1.º– El cónyuge, los descendientes, ascendientes o hermanos o el Ministerio Fiscal si aquellas personas no existen o no lo solicitaran (arts. 757 LEC), y el propio interesado (art. 761 2º). También lo estará el tutor (art. 271 1º Cc). En cuanto a la posible legitimación del guardador de hecho no podemos discutir el interés legítimo del guardador de hecho en el internamiento.
- 2.º– Respecto a los menores de edad, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757 4º LEC).
- 3.º– Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes del posible internamiento para que sea este quien lo pida. No obstante, en la mayor parte de los Juzgados no existe inconveniente alguno para que soliciten el internamiento otras personas sin acudir al Ministerio Fiscal, lo que acelera el procedimiento, ya que el Fiscal, tras valorar la situación, debe solicitar el internamiento en el Juzgado. Esto es aplicable a los trabajadores sociales que estén relacionados de hecho con el enfermo (artículo 9–3º 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que permite la adopción del consentimiento por representación en estos casos a «*las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*»). También sería aplicable el artículo 762–1º LEC.

Debemos indicar que cuando se dicta un Auto Judicial de internamiento y este no se realiza por no existir centros adecuados, los daños que por ello se le cause al enfermo podrán exigirse, así lo creemos, a la Administración responsable por funcionamiento anormal de los servicios públicos, aunque no conocemos ningún caso al respecto.

Cuando el ingreso del presunto incapaz ya se ha producido porque razones de urgencia hicieron necesaria la inmediata adopción de tal medida, bastará la obligada comunicación del Centro asistencial, que ha de darse cuanto antes y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas (art. 763 1º y 2º LEC).

En todo caso, corresponde al Juez la decisión, tanto en lo que concierne a la procedencia del internamiento como a la fijación del Centro adecuado. La concesión del Auto del internamiento no asegura el ingreso en un centro, dependiendo ello de la capacidad económica de la familia o de los Servicios Sociales existentes. Por ello es conveniente que antes de iniciar el procedimiento se hayan realizado gestiones para conseguir plaza en un centro adecuado. Esto, a veces, es un autentico calvario por la escasez de los mismos p.e. en el caso de drogadictos y enfermos mentales al mismo tiempo. Constituyen estos casos los que se han denominado dobles patologías de difícil ubicación en centros dedicados a determinados pacientes y pertenecientes a diversas administraciones que se remiten las unas a las otras y las otras a las unas. En estos últimos tiempos, la Junta de Andalucía, habiendo tenido mucho que ver con ello la actitud decidida de las Secciones de Protección a las Personas con Discapacidad de las Fiscalías de esta región, ha dado un importante paso adelante al constituirse una comisión mixta de Salud Mental y el Instituto Andaluz de Servicios Sociales, para resolver estos casos estudiándolos y eligiendo el dispositivo correcto (son las denominadas Comisiones Residenciales).

5.– Métodos coercitivos y terapias especiales.

El manejo de los pacientes, sobre todo si estos tienen accesos agresivos o violentos, exigen a veces métodos— que no medios terapéuticos porque no lo son— que pueden afectar directamente a derechos fundamentales de los mismos. Unas veces, en supuestos de agitación psicomotriz con riesgo de lesión provocan la necesidad de una actuación decidida. Otras veces, la simple administración de la medicación exige la contención del paciente.

Podemos distinguir:

Restricción de movimientos.— Uso de procedimientos físicos o mecánicos dirigidos a limitar los movimientos de parte o de todo el cuerpo de un paciente, a fin de controlar sus actividades físicas y protegerlo de las lesiones que pudiera infringirse a sí mismo o a otro. Puede ser represión humana (una persona para cada miembro y otra para la cabeza) o mecánica (en la misma deben tomarse medidas de liberación alternativa de una extremidad cada media hora para evitar lesiones o tromboembolismo).

Aislamiento.— Confinamiento de un paciente, a solas en una habitación, impidiéndole salir de ella durante un periodo limitado de tiempo. El uso de esta técnica debe ser estrictamente limitado.

Si bien no existe regulación legal alguna sobre los mismos su utilización esta justificada por la situación de necesidad y por el ejercicio legítimo de la profesión médica. La autorización de internamiento tampoco afecta, en principio, a la adopción de otras medidas de carácter coercitivo como las indicadas. Para llevar a cabo las mismas es preciso seguir, de forma escrupulosa, un protocolo simple pero riguroso, que se basa en los siguientes principios:

- Debe hacerse únicamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario (por no existir otra forma de controlar la conducta problema) y bajo el estricto control y solo por orden del personal médico, siendo conveniente la opinión de dos profesionales. La medida debe estar justificada por ser necesaria y útil en relación al tratamiento. Será preferible el uso de medios de contención farmacológico. En el caso del aislamiento debe de hacerse en instalaciones apropiadas (art. 27–1º y 2º Recomendación (2004) 10).
- Ser proporcionadas al estado del paciente y efectuarse de la forma mas benigna posible para él y cuando no existan otras alternativas sin riesgo (abordaje verbal, otras precauciones, etc.). La medida adoptada debe ser proporcionada al beneficio que suponga y al riesgo que evite.
- En todo caso, la contención va dirigida a la protección del enfermo y de las demás personas y nunca a facilitar o hacer más llevadera la labor de los cuidadores.
- Debe durar el menor tiempo posible. Aplicarse solo por el tiempo estrictamente preciso, estableciéndose tiempos máximos de sujeción y una vigilancia continua del enfermo. Solo periodos cortos de contención física o aislamiento pueden estar justificados.
- Para llevarla a cabo debe utilizarse material homologado y destinado a ello, sin causar un mayor daño al enfermo. El personal que lo lleva a cabo debe recibir un meticuloso entrenamiento en el uso de estos métodos.

Debe reflejarse por escrito en el expediente o historial médico del paciente y, en el caso de los centros dependientes del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, debe rellenarse la hoja de protocolo establecida,

registrarse en el libro de incidencias y archivar en el expediente del usuario. En estos documentos debe recogerse los motivos, duración, mecanismos utilizados y las eventualidades que puedan surgir (art. 27-2º y 3º Recomendación (2004) 10).

La urgencia con la que suelen surgir la necesidad de estas medidas hace que no podamos exigir, salvo excepciones, un sistema de previa autorización judicial, ya que ello entorpecería la actuación sanitaria. Ahora bien, en el caso de que el uso de estos mecanismos exceda de un tiempo razonable debe solicitarse autorización judicial, aunque sea a posteriori, para que exista un control judicial al afectar a derechos fundamentales. Las principales garantías para el paciente provienen de que se siga un protocolo idóneo y previamente establecido, y que conste en el historial del mismo el proceso de actuación para que pueda valorarse si se realizó de acuerdo con la *lex artis*. Esto permitirá que pueda revisarse judicialmente por la vía de los artículos 158-4º y 216 CC si el Juez o el Fiscal tuvieran noticia de alguna irregularidad.

No obstante, la mayoría de la doctrina considera que cuando estos son excepcionales y por tiempo dilatado, es precisa la existencia de un plus de garantías dada la especial afectación de estas medidas a derechos de calado fundamental. Y ello porque sería paradójico que el tutor necesite autorización para, por ejemplo, vender un bien o tomar dinero a préstamo en nombre del pupilo y esta no sea precisa para estos otros actos que suponen una mayor relevancia y significado para la esfera jurídica personal del incapaz.

En este sentido, se manifiesta el artículo 219 de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio (Código de Familia) al establecer que *«la persona titular de la tutela necesita autorización judicial para (...) aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes. En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al Consejo de Tutela, si lo hay, la decisión adoptada en el plazo de 24 horas como máximo»*, existiendo abundantes casos en el derecho comparado, de exigencia de autorización judicial en estos supuestos.

Por otro lado, en la Comunidad Autónoma Andaluza, se debe tener en cuenta el artículo 34-2º de la Ley 1/1999 de 31 de marzo de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía que indica que *«los usuarios de los centros residenciales y de día tendrán derecho a participar y ser oídos, por sí o sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención que han de recibir en ellos y que, en los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquélla cuanto antes»*.

Por todo ello, nosotros, a pesar de la no exigencia de la ley, creemos que, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés del discapaz y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida.

Así, entendemos que es aplicable en este caso el artículo 271-1º por analogía al estar ante casos semejantes (actuación del representante que recae sobre la esfera personal del discapaz) y existir identidad de razón (afectación a derechos fundamentales y riesgo inherente a la actividad y el principio de protección del discapaz) tal como ha contemplado los Autos de la AP de Valladolid de 28-10-1994 y 12-7-1999 ambos sobre casos de práctica de aborto de incapaz en que a pesar del silencio legal consideran necesario autorización judicial al afirmar en el primero de ellos que *«... sería absurdo que el control judicial sobre la actuación del tutor deba circunscribirse únicamente a los supuestos previstos en los artículos 271 y 272 del Código Civil, todos de menor entidad y trascendencia que el aquí planteado»*, argumentación que entendemos totalmente aplicable a este caso.

Son muchos más los argumentos que podemos utilizar para defender nuestra postura. Por un lado, estas cuestiones han sido tradicionalmente denunciadas por el Defensor del Pueblo a partir de 1991 tras la realización de su informe sobre la situación jurídica y asistencial de los enfermos mentales en España, completado en 1996 con el relativo a la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos. Actualmente, y en el campo de los enfermos mentales, ha vuelto a incidir en la necesidad de autorización judicial en el informe que realizó al Ministro de Justicia sobre el tema de la enfermedad mental de fecha 11 de noviembre de 2005 dictado en el expediente 00411621. En todos estos supuestos desde el Defensor del Pueblo se consideró que la utilización de esos medios mecánicos de sujeción sólo excepcionalmente podía ser admitida,

siempre y cuando que la ciencia médica no proporcionara otros mecanismos de naturaleza farmacológica, para paliar posibles comportamientos agresivos de los enfermos. En cualquier caso sería necesario una comunicación al juez competente, informándole de la prescripción médica que aconseja la aplicación de esos medios mecánicos de sujeción.

Estos argumentos creemos justifica la necesidad de que estas decisiones sean controladas, de alguna forma, por la autoridad judicial. Por lo menos en los casos más graves, utilizando en los demás un protocolo que permita un control exhaustivo de las medidas realizadas. En el caso del uso de medios químicos debe vigilarse la estabilidad y la conducta del paciente, su estado de ánimo y su correcta nutrición e hidratación.

Indiquemos que, en los centros residenciales de ancianos y deficientes, se utilizan con frecuencia cinturones para evitar caídas. Si estas actuaciones están razonablemente indicadas y se practican sin daño y con respeto a la dignidad del residente, entendemos que no podemos considerarlas mecanismos de sujeción y podrían utilizarse sin problemas.

Problema distinto es el de las terapias especiales utilizadas sobre todo en el campo de los enfermos mentales. Son terapias especialmente agresivas para el paciente que no pueden quedar fuera del control en la práctica de las mismas. Podemos destacar:

- La psicocirugía.— Como la lobectomía (extirpación de un lóbulo cerebral). Fue acogida con gran entusiasmo. La falta de resultados contrastados, la escasa lógica de su indicación y la aparición de los neurolépticos ha borrado esta opción de tratamiento. No obstante, hoy está volviendo a utilizarse una psicocirugía menos dañina (microcirugía a base de laser que permite intervenir en zonas muy pequeñas) si bien el apartado 14 del principio 11 de la Resolución de 17 de diciembre de 1991 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los principios para la protección de las personas afectas de enfermedad mental exige que exista un consentimiento informado y valido por parte del paciente, comprobado por un órgano independiente y que se compruebe que el tratamiento es el mejor para el paciente. De igual forma, el Comité de Dirección de Bioética del Consejo de Europa en su Libro Blanco sobre la protección de los Derechos Humanos y la dignidad de las personas que padecen un trastorno mental exige el consentimiento del paciente como prerequisite obligado para poder llevarla a cabo. Es el último recurso cuando se han agotado otras posibilidades terapéuticas de neurosis obsesivas, agresividad y cleptomanía, entre otros.
- Terapéutica electroconvulsionante.— Los conocidos electroshock. Para algunos autores persiste como segunda opción ante el fracaso de los antipsicóticos, otros la consideran como la técnica más efectiva frente a la catatonía aguda y la esquizofrenia acompañada de sintomatología depresiva o de alto riesgo de suicidio. Vuelve a estar de moda en la psiquiatría española y su abuso puede tener como consecuencia la presencia de un síndrome psicoorgánico severo, a veces irreversible. La Recomendación 1235 (1994) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa exige para ella los mismos requisitos que para la psicocirugía, a saber, consentimiento escrito del paciente o de su representante y confirmación de la decisión por un comité que no este compuesto solo por psiquiatras. El Comité de Dirección de Bioética del Consejo de Europa en el documento antes indicado, considera que debe administrarse siempre en circunstancias en que la dignidad del paciente sea respetada, y junto con la aplicación de relajantes musculares y anestésicos para disminuir sus efectos negativos, prohibiéndose en otro caso.
- Terapéutica insulínica.— Coma insulínico. Particularmente usado para los esquizofrénicos, es una terapia tremendamente peligrosa que requiere un control asiduo y permanente del paciente y puede llevarlo hasta la muerte o comas prolongados e incluso irreversibles.

La Recomendación (2004) 10) del Consejo de Europa, exige en su artículo 28 que, cuando los tratamientos sean especialmente intrusivos y puedan provocar efectos físicos irreversibles, solo se puedan aplicar de forma excepcional, cuando no existan otros adecuados, con consentimiento libre, informado y escrito del paciente si posee capacidad (o autorización de un órgano judicial o de autoridad competente en otro caso), con excepción de los caso de urgencia y nunca en un contexto de internamiento involuntario.

En nuestro país no existe ninguna regulación especial para este tipo de tratamientos. Solo en Cataluña el artículo 255-3º de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia expone que

«En el caso de que se pretendan aplicar tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física o psíquica de la persona afectada, es de aplicación lo establecido en el art. 219 para estos

tratamientos, y las funciones atribuidas por el art. 219 al tutor o tutora, en este supuesto, son ejercidas por los familiares de la persona internada o, si no los hay, por el Juez o Jueza».

Añadiendo el artículo 219 que

«1. La persona titular de la tutela necesita autorización judicial para:

a) Internar a la persona incapacitada en un establecimiento adecuado.

b) Aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica.

2. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes.

En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al consejo de tutela, si lo hay, la decisión adoptada, en el plazo de veinticuatro horas, como máximo».

El hecho de la importancia que, en este campo, tiene el consentimiento del enfermo hace que deban tenerse muy en cuenta las instrucciones anticipadas que, al respecto, pueda haber dado el enfermo cuando conserve su competencia.

De lo dicho, podemos deducir que estos tratamientos especiales deben ser autorizados por el Juez cuando el paciente no pueda dar su consentimiento válidamente y pretenda someterse a una de estas técnicas. El Juez puede ser ese órgano de revisión de la decisión que establece la normativa internacional, valorando la incompetencia del enfermo para negarse y supliendo la voluntad del mismo cuando el tratamiento sea imprescindible y pueda otorgarse el consentimiento por representación o sustitución. En todo caso, si el enfermo es objeto de un internamiento involuntario bajo control judicial deberá comunicarse la aplicación de este tratamiento al Fiscal y al Juez para que estos adopten las medidas de protección del enfermo mental que consideren convenientes. Para ello puede utilizarse el artículo 158-4º CC, en relación con el artículo 216-2º del mismo cuerpo legal, que permite la adopción de medidas protectoras para la persona o los bienes del incapaz.

6.— El espinoso problema de los tratamientos médicos involuntarios.

El reconocimiento del derecho de los enfermos a negarse a un tratamiento médico y a recibir antes del mismo una información previa de los riesgos y beneficios que este puede reportarle de forma comprensible, siendo el mismo enfermo el que posee la capacidad última para decidir, supone una exigencia de autonomía, y se ha recogido en el concepto de consentimiento informado. Este es una de las aportaciones más importantes que el derecho ha hecho al campo de la medicina. Desaparece así, el concepto de la medicina como una especie de despotismo ilustrado que consideraba al paciente como un menor de edad al que había que curar pero sin contar con la voluntad del mismo. Incluido en importantes documentos de carácter internacional como requisito esencial para cualquier intervención médica, tiene su principal exponente en el derecho español en la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente.

Este consentimiento, tal como establecía el Código de Núremberg sobre la investigación de seres humanos de 1947, requiere la concurrencia de tres elementos. El primero es la información que se configura como una consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, constituyendo, por lo tanto, un elemento de carácter eminentemente personalísimo y que afecta a la dignidad humana, no pudiendo prescindirse de él. El consentimiento informado se configura como el elemento legitimador de la actuación médica que, sin el mismo, se transforma en una violación de los derechos de la persona. Solo como excepción puede imponerse a una persona un acto médico en contra de su voluntad.

Pero si el consentimiento es un negocio jurídico, también ha de serlo el rechazo del tratamiento por lo que estará sometido a los mismos requisitos. A saber:

- Existencia de capacidad legal.
- Existencia de capacidad psíquica suficiente para entender y comprender lo que se le informa y el alcance de su decisión de no someterse al tratamiento.
- Libertad o ausencia de vicios en la formación de la voluntad.

Aunque los principios generales indicados afectan también a las personas discapaces, el rechazo de un tratamiento por una persona que no esté capacitada psíquicamente para tomar decisiones carecería de valor. Ahora bien, en los casos de involuntariedad debe redactarse por escrito el plan de tratamiento con audiencia del enfermo si esta es posible y el afectado debe tener acceso a la apelación ante una autoridad judicial, según los planteamientos del Consejo de Europa.

Debemos tener en cuenta que no todos los enfermos mentales o discapacitados psíquicos tienen su capacidad disminuida o anulada por lo que, en principio, pueden rechazar un tratamiento como cualquier otro. Por ello, debe valorarse individualmente cada caso. Es necesario destacar, asimismo, que todo tratamiento debe suponer un beneficio clínico evidente para el paciente y no responder a una necesidad social, económica o familiar.

Los actos médicos afectan a la salud, a la vida y a la integridad corporal por lo que entran en el campo de los derechos de la personalidad. Por ello, si el incapaz posee la suficiente madurez, será el mismo el que deberá prestar el consentimiento, y, solo si dicha madurez no existe, serán sus representantes los que tomarán la decisión más adecuada, pero no en representación del mismo, sino en el cumplimiento de su obligación de velar por él.

El artículo 10 de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril, disponía en su punto 6, hoy derogado, que *«Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.*
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento».*

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente mantiene una misma línea al indicar en su artículo 9-2º que

«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.*
- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».*

Añadiendo sus puntos 3º y 5º que

«Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
- Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.*
- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.*

(...)

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

Tal como establecía la STS de 24 de mayo de 1995 fuera de estos casos nadie puede prestar su consentimiento en nombre de otro.

El TC viene manteniendo reiteradamente, en sentencias tales como la de 14 de julio de 1994, que el problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña.

El artículo 15 de la CE proclama el derecho fundamental a la integridad física, en cuya virtud *«todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes»*. Este derecho implica que los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos y en apoyo de esta aseveración incuestionable podemos citar los artículos 10 y 49 CE. Sin embargo, en el caso que nos ocupa se produce una colisión entre dos derechos, el derecho a la libertad e integridad física de una persona y el derecho a la preservación de su salud e inclusive de su vida, conflicto que, en el caso de carecer el enfermo de capacidad de raciocinio, debe de resolverse dando prioridad a su salud o a su vida frente a su libertad.

En los casos en que el sujeto carezca de capacidad natural debemos aceptar que sea un tercero – médico, representante legal, pariente, allegado o determinada autoridad pública– el que deba adoptar la decisión del sometimiento al tratamiento ya que podría ser de hecho contrario a sus intereses el negar tal posibilidad, sobre todo en los casos de tratamientos con finalidad curativa debiendo tenerse en cuenta en lo posible la voluntad del afectado. Ahora bien, si el sujeto posee capacidad natural a juicio del médico, aun estando legalmente incapacitado, sólo él está legitimado para consentir la intervención o tratamiento, sin que el representante legal pueda sustituir su voluntad, aunque el tratamiento rehusado sea necesario para su salud o su vida.

En el caso de que no exista oposición entre el incapaz y los representantes legales, el médico podrá realizar el acto sin problemas. Solo nos encontraríamos con la excepción de que la decisión vaya claramente contra la salud del discapaz, en cuyo caso el facultativo podrá actuar por sí mismo amparado en un estado de necesidad o acudir al Juez o al Fiscal, para que por la vía del artículo 158, decida el primero o inste el segundo lo que proceda en interés del menor.

En caso de existir conflicto de opiniones entre el incapaz con suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus representantes legales, debe prevalecer la voluntad del incapaz, puesto que estamos ante actos que afectan a derechos de la personalidad. Ahora bien, si existieran dudas sobre esas condiciones de madurez, parece razonable que decida el Juez a iniciativa directa del menor, incapacitado o del Ministerio Público para lo que, entendemos nosotros, podría utilizarse el ya citado artículo 158 CC.

La Deontología médica exige que en caso de oposición de los padres a tratamientos necesarios o imposibles de retrasar por parte de los representantes legales, el médico informe a la autoridad judicial para que decida la misma, con excepción, entendemos nosotros, de los casos de urgencia en los que el médico deberá actuar amparándose en el estado de necesidad. Martínez-Pereda, entiende que el equipo médico debe poner tal discordancia en conocimiento del Ministerio Fiscal para que este, de acuerdo con el artículo 3–7º de su Estatuto Orgánico, asuma la representación de la persona discapacitada y acuda a la autoridad judicial para la resolución del conflicto. Nosotros entendemos que distinto sería el caso de que el incapaz careciera de persona que pueda prestar el consentimiento con la suficiente celeridad. En este caso no existiría dicha contradicción y los médicos deberían actuar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11–3º del Código de Ética y Deontología Médica que dispone *«Si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento a la atención médica, por ser menor de edad, estar incapacitado, o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional»*. A pesar de ello, las reticencias de los médicos a, asumiendo su responsabilidad, ser ellos mismos los que decidan, provoca que los mismos acudan al Fiscal, como defensor nato de estas personas, para que sea él el que preste el consentimiento tras recibir la información necesaria, lo que no deja de ser una inútil pretensión de eludir futuras responsabilidades, ya que la autorización pedida al Fiscal carece de virtualidad alguna.

En cuanto a los criterios para determinar en cada caso la capacidad o la incapacidad de un enfermo podemos hacer referencia a los elaborados en 1977 por Roth y Meisel que exigen las siguientes comprobaciones:

- Si el paciente comprende la enfermedad o su estado por el cual se le propone el tratamiento.
- Si el paciente comprende la naturaleza y fines del tratamiento propuesto.
- Si el paciente comprende los riesgos que conlleva comenzar el tratamiento.
- Si el paciente comprende los riesgos que corre si no comienza el tratamiento.
- Si el estado del enfermo interfiere en su capacidad para consentir.

Fuera del caso de los internamientos en Unidades de Agudos que, y aunque siguen presentando problemas, se encuentran suficientemente estudiados y asentados, la principal cuestión que se plantea en esta materia hace referencia a los tratamientos ambulatorios que necesitan una continuidad y una cierta colaboración por parte del enfermo para llevarse a cabo. Al encontrarnos ante una enfermedad crónica e incurable, la falta de tratamiento incide de forma importante en su calidad de vida.

Tengamos en cuenta que, en el caso de los enfermos mentales, los mismos suelen carecer de conciencia de enfermedad, suelen estar desarraigados social y profesionalmente y muchas veces también familiarmente, y crean importantes problemas de tensión y de violencia en su entorno íntimo. A esto se une la estigmatización de las enfermedades mentales y los importantes efectos secundarios de la medicación. En estas condiciones la falta de colaboración con el tratamiento es casi lógica. Por ello, es habitual el preguntarse si es posible obligar al discapaz a someterse al mismo, incluso utilizando mecanismos de coerción para llevarlo a cabo.

Un importante sector doctrinal considera aplicable en estos casos de forma analógica la regulación existente en materia de internamientos, exigiendo, por ello, autorización judicial. El principal problema que esta solución plantea es el de que nuestra Constitución establece la necesidad de una ley específica que habilite al Juez para la afectación de derechos fundamentales – como la libertad o la integridad física que se pueden ver afectadas por estos tratamientos– y, al contrario que en el internamiento, en estos casos carecemos de dicha ley habilitante .

Con estos problemas, puede ser posible imponer estos tratamientos, si bien solo en el caso de que la persona afectada no se encuentre en condiciones de capacidad para prestar o no su consentimiento libre y voluntariamente. Esto puede ser así ya que antes el artículo 211 CC y hoy el 763 LEC permite el internamiento que va dirigido a tratar médicamente a una persona mediante su ingreso obligatorio en un centro, con mayor razón –quien puede lo mas, puede lo menos– podrá establecer la obligatoriedad de un tratamiento que no precise para el mismo de la necesidad de la privación de libertad que supone el internamiento. Otra posición podría llevarnos al absurdo de tener que internar a una persona para poder aplicarle el tratamiento que necesita. Ferreirós Marcos, por el contrario, se opone a esta posibilidad, al entender que es jurídicamente discutible ya que el órgano judicial se limita a autorizar una intervención sanitaria y la Administración Sanitaria no tiene conferida la potestad de aplicar tales tratamientos. En igual sentido, la STC 169/2001 de 16 de julio entiende que el razonamiento de que quien puede lo mas, puede lo menos tiene que aportar suficiente previsión normativa y que el hecho de que unas medidas puedan tener rasgos comunes no implica que los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento sean idénticos. Entiende este autor que esto no se da en estos casos en lo que hace referencia a la enfermedad mental, puesto que teniendo en cuenta que los internamientos son de corta duración, es muy discutible que el tratamiento ambulatorio dentro de la comunidad sea la alternativa menos restrictiva, dada su duración y el ataque que supone a la privacidad ya que tiene lugar en el entorno habitual del paciente. En estos casos, además, lo único que puede garantizar el Juez es que, si el enfermo no acude a las consultas, pueda ser conducido por la fuerza pública, para que el psiquiatra lo ingrese o le aplique el tratamiento adecuado. Debemos tener en cuenta, que estos sistemas solo sirven para el tratamiento con medicación, que es un componente importante del plan terapéutico global, pero no el único.

Otro argumento a favor de dicha posibilidad se encuentra en la aplicación conjunta de los artículos 158–4º CC , aplicable a los incapaces según establece el artículo 216–2º del mismo cuerpo legal, y el 762–1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite la adopción de medidas protectoras para la persona o los bienes del presunto incapaz. A través de esta vía podría imponerse un tratamiento contra o sin la voluntad de quién, debido a su falta de capacidad, no presta su consentimiento, siempre, naturalmente, que el mismo sea necesario en su interés. Lógicamente, no existe este problema de ausencia legal en aquellos tratamientos que puedan

incluirse en los supuestos de la Ley Orgánica de 14 de abril de 1986 de medidas especiales en materia de Salud Pública, para los que si podemos entender que existe cobertura legal. Estos artículos pueden ser puestos en relación con el artículo 9-2º b) de la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente.

Un último sistema que se está utilizando para estos casos es el de las llamadas curatelas de salud, de abandono frecuente del tratamiento que provoca nuevas recaídas y crisis personales de consecuencias impredecibles. En estos casos el curador vela para que el sujeto protegido tome correctamente su medicación, con auxilio, si fuese preciso, de la autoridad judicial, encomendándosele también la supervisión de forma efectiva de la evolución del estado de salud y de la enfermedad del sujeto protegido. En realidad, nos encontramos ante la figura de un tutor circunscrito a dicha misión puesto que lo que hace es decidir por el incapaz y actuar como su representante a los efectos de dar el consentimiento informado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9-3º y 5º de la Ley de Autonomía del paciente que ya hemos visto.

Ejemplo de esto pueden ser la SAP de Baleares (3ª) de 16 de septiembre de 2005, en la que se expone que *«... en el presente caso, la curatela se extiende a controlar de forma efectiva la evolución de la enfermedad y el estado de Miguel, de tal manera que al cesar su estancia en el pabellón psiquiátrico se adopten las medidas oportunas para evitar que la nueva situación perjudique o le haga recaer en hábitos que favorezcan la dejación de la toma de su medicación con las consiguientes situaciones de conflicto en sus relaciones personales y familiares»* o la SAP de Ciudad Real (2ª) de 25 de abril de 2005, que declara que *«... el tratamiento farmacológico reduce el delirio y mejoraría su conducta, y que no tiene conciencia de la enfermedad, parece razonable que se haga un seguimiento del tratamiento que se le imponga, encomendándose al curador la función de cuidar que se siga estrictamente dicho tratamiento, función que cabe dentro de la curatela, institución de menor trascendencia que la tutela, pero que procede respecto de las personas a quienes la sentencia de incapacitación coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (art. 287 del CC), teniendo por objeto la asistencia de aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que le haya establecido (art. 289 del mismo Código) entre los que se encuentran no sólo los de carácter patrimonial sino otros que afectan a la esfera personal»*.

De forma indirecta, también se permite este sistema por la STS (Sala 1ª) de 26 de julio de 1999 que textualmente expone: *«Así las cosas, es aplicable la doctrina de la sentencia de esta Sala de 1º de febrero de 1.986, que no consideró obstáculo para la aplicación del art. 200 CC el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.*

En suma, lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269-3º CC)».

Estas soluciones que apuntamos, si bien en la práctica se están utilizando con cierta asiduidad para solucionar un problema que generalmente nos preocupa a todos, no dejan de ser muy criticables desde el punto de vista de la necesidad de reserva legal que deben tener las instituciones que afectan a derechos fundamentales, según la Constitución y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos. Muchas veces lo que se está pidiendo por los familiares es que les ayuden a llevar a sus hijos a las consultas médicas necesarias para el seguimiento y dispensación del tratamiento ambulatorio dada la posible oposición de los mismos, incluso de forma violenta, provocada por su falta de capacidad.

La Recomendación (2004) 10 del Consejo de Europa del Comité de Ministros referente a los derechos humanos y la dignidad de los enfermos mentales de 22 de septiembre de 2004 exige, para llevar a cabo estos tratamientos, en sus artículos 19 y ss:

- Síntomas que reflejen la existencia en la persona de una enfermedad mental.
- Que el tratamiento sea proporcionado al estado de salud de la persona.
- Que se realice un plan escrito, convenientemente documentado, de tratamiento.
- Que se establezca un plazo limitado para la terminación o revisión del tratamiento.
- Que, en los casos en que sea posible, se oiga a la persona afectada por la medida.

- Que se informe sobre el tratamiento al afectado y, en su caso, a su representante.
- Que se permita el acceso del afectado, de su representante y del abogado que debe nombrársele para todo procedimiento ante los Tribunales a toda la documentación existente sobre el internamiento.
- Que en los casos de oposición de la persona con capacidad para consentir o de quienes no tienen capacidad para consentir adopte la decisión una corte o autoridad competente.

Tras un importante debate, el Comité Técnico Jurídico de FEAFES (Federación española de Asociaciones de Familiares de enfermos mentales), compuesto por profesionales de diferentes campos, ha propuesto la inclusión de un nuevo número 5 en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), del siguiente tenor:

«Artículo 763– 5º.– Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal.

En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.

El plazo máximo de duración de esta medida será de dieciocho meses».

Esta reforma se reprodujo, aunque con un mayor desarrollo y algunos aspectos diferenciados, en el Proyecto de Ley de la jurisdicción voluntaria aprobado por el Gobierno y publicado en el BOCG el 27 de octubre de 2006, siguiendo una recomendación de la CERMI, si bien ha sido retirada en la tramitación parlamentaria por unas razones que reflejan claramente la intervención de la diputada Navarro Casillas del Grupo de Izquierda Unida–ICV en la sesión de ratificación del Informe de la Ponencia al indicar:

«No entendimos nunca cómo apareció en este texto. Se paralizó la tramitación de una proposición de ley en esta Cámara sobre esta materia a causa de las comparecencias que se sucedieron en Comisión, pues se entendió que no era positiva esta regulación y, sorprendentemente, apareció en el texto del Gobierno. Se trataba de una reforma que obviaba los pasos que necesariamente se han de dar, que no es más que la mejora de nuestro Sistema Nacional de Salud, en concreto la salud mental; mejorar los recursos adecuados; reorganizar los mismos de modo que se potencien las posibilidades de atención domiciliaria; intervención integral continuada con apoyo a familiares y al contexto de la vida cotidiana de los afectados.

Estas son las demandas que hacen los expertos y los familiares. Por otra parte, es lo que se recoge en la estrategia de salud mental aprobada. Por lo tanto, no tenía ningún sentido recoger la autorización judicial de los tratamientos ambulatorios no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos. Como digo, lo razonable es mejorar la salud mental, que como afirmaban los expertos que comparecieron en la tramitación de esta ley, es la cenicienta de nuestro sistema de salud».

El principal motivo de estas propuestas es que uno de los aspectos que más preocupan a los familiares de las personas con enfermedades mentales, es la negativa de los mismos a asumir el tratamiento debido a la falta de conciencia de enfermedad que lleva, en muchos casos, al abandono de la terapéutica necesaria, comprometiendo la calidad de vida del enfermo y de rebote, la de los familiares del mismo no pareciendo muy ético dejar a una persona sin ayuda cuando sus capacidades mentales se encuentran disminuidas por la enfermedad. La falta de verdadera intervención en la comunidad de los dispositivos sanitarios y sociales de los enfermos mentales está sometiendo a muchas personas que precisan esta atención continuada al más absoluto abandono, con la única medida terapéutica de ingreso hospitalario cuando se provocan una pérdida extrema de la calidad de vida del enfermo o una situación de peligro inminente para el mismo, para luego darlo de alta y esperar a la próxima crisis en lo que se ha dado en llamar «puerta giratoria». Entre tanto, son las familias las que soportan el peso del enfermo viendo como este se va deteriorando progresivamente y, en muchos casos, soportando las incomodidades y los problemas derivados de su comportamiento, al no seguir el tratamiento prescrito. Se considera que la medida indicada es mucho menos gravosa para las personas afectadas, en términos de calidad de vida, dignidad humana y de garantía de sus derechos como ciudadanos y, probablemente menos costosa a nivel socio-sanitario, que los ingresos continuos en Unidades de Agudos.

Con la propuesta se pretende la regulación de los tratamientos ambulatorios no voluntarios para determinados tipos de personas con enfermedad mental con el fin de evitar la situación que hemos reflejado. No se

pretende generalizar esta medida a todos los enfermos mentales. Configurado como una medida meramente terapéutica y no represiva, se aplicaría de forma individual y tras un pormenorizado análisis de cada caso, a aquellas personas enfermas con un amplio historial de ingresos y de abandono de la medicación y del tratamiento con el fin de facilitar una adscripción voluntaria a las prescripciones farmacológicas o de cualquier tipo a medio plazo. Esto se espera conseguir, fundamentalmente, en aquellos casos de pacientes que abandonan el tratamiento por dejadez y no por oposición tajante.

Indudablemente estas medidas por sí mismas, no conllevarán ningún resultado y quedarán vacías de contenido, salvo que vayan acompañadas realmente del fomento de los equipos socio-sanitarios que lleven el seguimiento y acompañen los procesos. Incluso se ha indicado que, lamentablemente, en muchas ocasiones, solo se crean dispositivos sanitarios cuando una ley obliga a ello. Por eso, se considera que la ley no va a encubrir el déficit de recursos, sino a provocar la implantación de los, casi inexistentes, programas de seguimiento en la comunidad.

A pesar de que, en principio, estas propuestas pudieran parecer muy positivas, una reflexión profunda sobre la misma puede llevarnos a la conclusión contraria. Todos compartimos que nuestro sistema de salud mental no funciona como debiera. Percibimos que, en los últimos tiempos, el mismo está abandonado a su suerte. Sabemos que la Reforma Psiquiátrica que tanto ha supuesto se ha quedado a medio hacer, en los aspectos relativos al tratamiento en la Comunidad que era la base esencial del sistema. Clamamos por una segunda reforma que complete el círculo de una asistencia socio-sanitaria digna, eficaz e integradora.

Debemos recordar el artículo 20 de la Ley General de Sanidad que, al hablar de la Salud Mental indicaba:

«Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las Administraciones sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:

1.– La atención a los problemas de la salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo la necesidad de hospitalización.

Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

2.– La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

3.– Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

4.– Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general».

De este artículo se puede deducir:

- a) Que la hospitalización sería la excepción y el tratamiento extra-hospitalario la norma.
- b) Que la pérdida de salud mental va acompañada de otras carencias de tipo social que exigen una fluida coordinación socio-sanitaria.
- c) Que lo que se pretende lograr es una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental.
- d) Que la atención y seguimiento domiciliario es una pieza clave para evitar las crisis y reducir al máximo la necesidad de hospitalización.

Pero hoy la realidad es muy distinta:

- a) La atención domiciliaria, cuando existe, no está todo lo extendida ni es todo lo continua que debiera. Esto se justifica por la presión asistencial, pero esto no es del todo cierto. También influye la organización sanitaria y la «comodidad» de los profesionales implicados.
- b) La coordinación socio-sanitaria no existe. Los Centros de Salud cuentan con Trabajadores Sociales,

pero como también los tienen los Ayuntamientos, las Diputaciones, los Centros Cívicos, etc..., cuando se plantea una intervención todos pretenden que la lleven a cabo los otros. Y unos por otros, la casa sin barrer. Fenómeno similar lo hemos visto en materia residencial en Andalucía en lo que hace referencia a las pluripatologías hasta la puesta en marcha de la Comisión Residencial Salud Mental–Faisem–Servicios Sociales.

- c) La atención mental se limita a los pacientes que voluntariamente asisten al Centro de Salud. Cuando un paciente deja de asistir a las citas en vez de averiguar que ha pasado con él y donde y como se encuentra, muchas veces, simplemente se les da el alta.

Cuando los que se niegan a acudir voluntariamente no presentan especiales problemas familiares o de orden público, por lo que debía abordárseles hablando con ellos y convenciéndolos de la necesidad del tratamiento, se espera a que decidan acudir o se presenten los especiales problemas familiares o de orden público para que se lleve a efecto el internamiento. La negligencia o la involuntariedad del enfermo sirven de excusa para el encubrimiento de su abandono socio-sanitario.

En la práctica tenemos un sistema de atención mental deficiente cuyas principales consecuencias las están pagando los propios enfermos, sus familiares y sus vecinos.

Esta realidad no se va a solucionar con la reforma planteada porque esta es:

- 1.– Tímida y fragmentaria.– No enfrenta el verdadero problema, no ataca sus causas y se limita a intentar paliar solo alguna de sus consecuencias.

La propuesta no cuestiona el modelo, se limita a ofrecer una solución para unos pocos casos. Algunas previsiones cifran en un 7% el número de enfermos mentales que potencialmente podrían beneficiarse de esta propuesta.

- 2.– Es inoportuna.– Desvía la atención sobre el verdadero problema y puede contribuir a que el deficiente modelo que tenemos se perpetúe al no ser cuestionado ni siquiera por los familiares de los enfermos mentales. Esto supone un perjuicio mucho mayor que el beneficio potencial de la medida para ese pequeño grupo de enfermos.
- 3.– Carece de suficiente rigor científico y no evalúa los efectos perjudiciales derivados de su aplicación.

La propuesta se realiza en base a una experiencia desarrollada en el País Vasco. Hubiera sido necesario contar con un estudio mucho más amplio y completo. Habría que estudiar la viabilidad de la propuesta en los distintos territorios, los efectos beneficiosos y nocivos para determinar cuáles son los preponderantes.

- 4.– Potencia el tratamiento farmacológico.– El empleo de fármacos es sólo uno de los elementos del tratamiento, más o menos relevante según la fase en la que se encuentre el enfermo. La recuperación del paciente mental requiere también una prolongada terapia rehabilitadora.

El tratamiento farmacológico puede tener efectos positivos aún aplicado en contra de la voluntad del paciente, esto es inviable cuando se trata de tratamiento rehabilitador. La coacción latente en un tratamiento bajo control judicial, rompe el pacto terapéutico y hace inviable este tipo de tratamiento.

- 5.– Será inoperante.– A no ser que vaya acompañada realmente del fomento de los equipos socio-sanitarios que lleven el seguimiento y acompañen los procesos. Por ello, sería más lógico hacer propuestas encaminadas a conseguir estos equipos. Es sorprendente que un problema sanitario quiera solucionarse cambiando solo la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley de Jurisdicción Voluntaria.
- 6.– Insiste en la vía de la judicialización de la atención mental.– La propuesta busca la autoridad del Juez, como autoridad que obliga a alguien a hacer algo que no quiere. Pero no es eso lo que el precepto contempla. Y no lo es porque no estamos ante una medida represiva, sino terapéutica. No lo es porque el Juez no ordena el tratamiento, sino que autoriza la adopción de determinadas medidas de fuerza para llevar este a cabo contra la voluntad del enfermo.

Pero, de esta forma, insistimos en la judicialización de la atención mental, algo que puede ser bien recibido por algunos psiquiatras en esta época de medicina defensiva, en la que todo el mundo quiere actuar amparado por un Juez por si alguien reclama, pero que desde el punto de vista de modelo sanitario resulta un claro exceso. Al final, lo que verdaderamente se hace es un claro trasvase de funciones y de responsabilidades.

Todos debemos hacer un esfuerzo para que el sistema funcione. Si los Jueces y los Médicos Forenses acuden a las Unidades de Agudos para examinar a los enfermos internados por vía de urgencia, a pesar de las distorsiones que ello provoca en su trabajo, creo que no es mucho pedir que el sistema de salud mental haga un esfuerzo por salir de los ambulatorios respecto de aquellos enfermos que rehúsan acudir a los Centros.

No parece ser esa la solución que se adopta. Al contrario, el Protocolo de actuación confeccionado en Bilbao sobre el que se basa el proyecto cuando aborda las actuaciones que deben realizarse en caso de incumplimiento de la obligación de acudir al centro por parte del enfermo establece que

«El Juez se encargará de que el paciente acuda al Centro correspondiente, con los medios a su disposición».

Aunque no lo diga, los medios a disposición del Juez no pueden ser otros que mandar a la Policía a casa para que lleven al enfermo al Centro de Salud por la fuerza. En él los médicos esperaran cómodamente que la Policía les traiga a los enfermos. Ni siquiera se prevé en la propuesta de reforma que sea el dispositivo sanitario el que acuda a la casa como ocurre en los protocolos para materializar los internamientos involuntarios que tanto trabajo nos ha costado implantar. Volveremos a incidir en la criminalización de los enfermos mentales, de los afectados por la medida, y, de rebote, de todos los demás.

La Policía, tal como establece el artículo 32 de la reciente Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 22 de septiembre de 2004, de forma coordinada con los servicios médicos y sociales, puede intervenir, asistiendo a estos, en aquellos casos en que el comportamiento del enfermo provoque un riesgo significativo para él o para los demás. Esta intervención irá dirigida a reducir al enfermo en estado de agitación o que ofrece una fuerte resistencia hasta que este sea calmado convenientemente con el fin de proceder a su traslado al centro sanitario o de internamiento indicado. Esto debe hacerse al requerimiento del equipo sanitario encargado del traslado sin que sea precisa orden judicial alguna en supuestos de urgencia y respetando, en todo caso, la dignidad del enfermo mental.

Solo cuando todas las iniciativas de persuasión del equipo médico fracasan, se puede solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad y de los bomberos para entrar en el domicilio.

Normalmente el dispositivo sanitario encargado de realizar el traslado podrá solventar por sí mismo la situación de sacar a una persona de su domicilio. Si llegaran a presentarse problemas excepcionales, el dispositivo puede solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad.

Las fuerzas de seguridad, en estos casos, no actúan en su faceta de prevención o persecución de delitos, sino en el de prestar su auxilio y colaboración a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad, tal como aparece recogido en la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Arts. 11-1º b y 53-1º-i) y regulado de modo concreto en la Ley de Seguridad Ciudadana (Art. 21-3º).

En el desempeño de estas labores de auxilio, pueden las Fuerzas de seguridad entrar en el domicilio sin necesidad de autorización judicial y están obligados a colaborar en la resolución de estas situaciones.

Si se negaren injustificadamente a hacerlo, señalando que carecen de autorización judicial, que la persona no ha cometido ningún delito, o cualquier otra objeción carente de respaldo legal, podrán incurrir en un delito de denegación de auxilio previsto en el Art. 412-3º párrafo último del Código Penal.

7.-No regula el tratamiento ambulatorio involuntario, sólo las garantías judiciales del mismo.- Esto puede crear importantes problemas ya que no sabemos que ocurrirá si al paciente no se le encuentra, o se opone al tratamiento. Tampoco establece en qué lugar se realizará este.

Es inconveniente dejar la determinación de estas materias a la confección de protocolos o manuales de buenas prácticas, cuya implantación y cumplimiento dependen de la buena voluntad de los elementos implicados, careciendo de fuerza legal vinculante y que, por ello, no son exigibles legalmente.

Los principales inconvenientes que presentan la aplicación de estas medidas y que debemos tener en cuenta a la hora de establecerlas son los siguientes:

a.- Perjudica la adhesión al tratamiento, elemento fundamental en el mismo, por los siguientes motivos:

- Rompen la llamada alianza terapéutica o confianza médico-paciente.
- No benefician a la concienciación del paciente sobre los beneficios de la terapia y eliminan la intervención negociada del mismo en el plan de tratamiento.

- Desincentivan y dificultan la participación de la familia y allegados en el éxito del plan de tratamiento.
- b.– Eliminan las posibilidades de utilización de la psicoterapia y la terapias sociales y ocupacionales, fundamentales en el tratamiento, medicalizando, aún más, la asistencia psiquiátrica.
- c.– No pueden compensar la falta de servicios apropiados en la comunidad y pueden dar lugar a una dejación de los mismos considerando resuelto el problema.
- d.– Pueden incidir en la criminalización de la enfermedad mental, debido a la necesaria actuación policial.
- e.– Desconocen que, a veces, las razones contra el tratamiento son consecuencia del hecho histórico del abuso psiquiátrico que hoy tratamos de superar .
- f.– Pueden convertirse en una vía fácil para los profesionales que no dedicaran esfuerzos a convencer a enfermos que, con cierta dedicación, podrían colaborar voluntariamente en el tratamiento, lo que provocaría efectos mucho más permanentes y efectivos.
- e.– Con estos mecanismos tratamos de buscar una solución meramente jurídica para lo que es más un problema de carácter social y de existencia de recursos. Quizás sería más lógico la puesta en marcha de equipos médicos que acudan a los domicilios y a los entornos habituales de los discapaces para el seguimiento y aplicación del tratamiento ambulatorio.

Por todo lo indicado, creemos que el precepto comentado es una mala solución y, por ello, proponemos como camino a seguir para una verdadera rehabilitación psico-social de los enfermos mentales:

- La generalización de la atención y seguimiento domiciliario.– La Organización Mundial de la Salud ha denunciado la ineficacia de los Sistemas de Atención Mental que descuidan y se desentienden de los problemas que el enfermo ocasiona en su entorno familiar y social limitándose a atender al paciente que voluntariamente acude al Centro de Salud.

Está comprobado que el éxito de la atención mental es la cercanía, lo que no se consigue dando citas cada cierto tiempo, sino yendo a ver al paciente en el lugar en el que desarrolla su vida ordinaria. La experiencia nos enseña que cuando se sigue de cerca al paciente, cuando hay un compromiso personal con él, es mucho más fácil conseguir que cumpla el tratamiento con lo que se evitan numerosos ingresos y se consigue el mantenimiento de una aceptable calidad de vida.

- El fomento de la faceta de rehabilitación y reinserción social.– Los padecimientos mentales crónicos necesitan además de la intervención en las fases agudas, una gran labor rehabilitadora y resocializadora dentro de la comunidad, que hoy es aún deficiente y que debe generalizarse y mejorarse.
- El incremento de recursos.– Deben crearse unidades de media estancia, centros de día, talleres de trabajo protegido, pisos asistidos, espacios culturales y de ocio, etc..... Solo así conseguiremos hacer avanzar el proceso hacia la dignidad de las personas que padecen enfermedad mental.
- A nivel legal, la elaboración de una Ley sobre Tratamientos Médicos no consentidos.– General, y no solo para los enfermos mentales. Integral, para que sepamos a que atenernos, que corresponde a cada uno, y podamos, de esa forma, exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y, en su caso, acudir a los tribunales, en caso de incumplimiento.

Digamos que la proposición de ley se encuentra paralizada en su tramitación parlamentaria. En esto ha influido las fuertes oposiciones al mismo y el hecho de que el Defensor del Pueblo en su informe al Ministro de Justicia sobre el tema de la enfermedad mental de fecha 11 de noviembre de 2005 dictado en el expediente 00411621 considere que basta con la legislación actualmente existente (ley de sanidad, ley de autonomía del paciente, 158-4º y 216 CC y 762 LEC) para resolver los casos estrictamente necesarios sin violentar la legislación sanitaria y con menores problemas que los que hemos presentado. No obstante, la inclusión de la medida en el proyecto de ley reguladora de la jurisdicción voluntaria puede dar nuevos bríos a la misma, incluso con mayores problemas ya que se concede legitimación no solo a los médicos como hacía la proposición, sino también a otras muchas personas que pueden buscar objetivos distintos a la calidad de vida del paciente, saltando sobre el principio general de su autonomía en la aceptación de los tratamientos médicos lo que puede ser muy peligroso y contrario a nuestros principios constitucionales.

Para evitar los problemas que estamos indicando abogaríamos por una propuesta que enlazara el procedimiento judicial con la legislación sanitaria y que partiera de los principios fundamentales del tratamiento médico del enfermo mental que ya establecen estas leyes. En concreto:

- 1.–Debería incluirse en la norma el respeto del artículo 11 de la Ley de autonomía del paciente que hace referencia a las instrucciones previas y que luego veremos.
- 2.–Indicarse de forma expresa que el dispositivo sanitario responsable del tratamiento actuará preferentemente a nivel domiciliario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley General de Sanidad y que, en caso de que sea preciso el traslado e ingreso del enfermo hasta un Centro o Unidad de Salud Mental, ello se llevará a cabo en todo caso por dispositivos de carácter sanitario.
- 3.–Por último, debería dejar claro que lo que se regula es un mecanismo de sustitución de la voluntad del que no la tiene, debiendo acudir a la legislación sanitaria para la aplicación concreta del tratamiento aceptado por sustitución. Para ello, deberá remitirse al artículo 20 de la Ley General de Sanidad que podría completarse con la obligación generalizada de todos los Equipos de Salud Mental de contar con un dispositivo de atención externa para realizar terapias asertivas en el domicilio o lugar donde se encuentre el enfermo y, cuando sea necesario, proceder al traslado de éste hasta el Centro de Salud.

Se trataría de utilizar un sistema de tratamiento asertivo comunitario y, solo si este fracasa, acudir al que podríamos llamar tratamiento asertivo judicial.

Para terminar, podríamos preguntarnos lo que puede ocurrir si la persona se manifiesta en contra de un tratamiento estando en condiciones de capacidad para cuando pierda esta y cual sería la postura adoptable. El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, más conocido como Convenio de Oviedo, y aprobado por el Consejo de Ministros Europeo el 19 de noviembre de 1996 establece en su artículo 9 que *«serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad»*. De esta disposición podemos extraer dos conclusiones. La primera, que es necesario considerar los deseos expresados libremente por el paciente con plena capacidad, cuando el mismo, por un deterioro de la enfermedad o por otros motivos, pierde la misma. La segunda, que la norma solo obliga a *«tomar en consideración»* dichos deseos y no a su cumplimiento imperativo. Deberán tenerse en cuenta los mismos y luego ponerlos en relación con el resto del ordenamiento jurídico y las normas de la deontología médica. Así, si el tratamiento rechazado puede salvar su vida o evitar graves consecuencias para su salud y bienestar futuro debe aplicarse a pesar de la oposición manifestada en un momento de capacidad. Y ello porque siempre quedará la duda de si el enfermo mantendría su negativa una vez enfrentado a las consecuencias directas de la falta de tratamiento. Por el contrario, si estos elementos no se dieran y el tratamiento rechazado solo aceleraría el proceso de curación debe respetarse la voluntad manifestada por el enfermo, salvo que derechos constitucionales más prevalentes estuvieran en juego, lo que solo podría valorarse por la autoridad judicial.

La ley 41/2002 recoge en su artículo 11 estas instrucciones previas del paciente indicando que:

- «1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.
2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.
3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.
4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito».

En cumplimiento del apartado 2 de este artículo se ha dictado en la Comunidad Autónoma andaluza la Ley 5/2003 de 9 de octubre sobre declaración de voluntad vital anticipada que no se manifiesta sobre esta cuestión por lo que debemos integrarla con la legislación nacional indicada. Creemos que la solución por nosotros

indicada anteriormente puede incardinarse en el párrafo tercero del artículo indicado, ya que el no actuar en caso de grave riesgo contra la vida o la integridad física atentaría frontalmente contra la *lex artis*.

Para terminar, simplemente destacar la gran cantidad de problemas que presenta la rehabilitación del enfermo mental, rehabilitación que debe ser jurídica, social y psíquica, por lo que una coordinación de las normas, de los recursos y de los profesionales es imprescindible para garantizar a los afectados y, como consecuencia a sus familias, la calidad de vida que como seres humanos plenos merecen.

C.– ASPECTOS ESPECÍFICOS PARA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

6.– EL DERECHO Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA.
CUESTIONES PRÁCTICAS.

C.— Aspectos específicos para la protección jurídica de las personas con discapacidad.

6.— EL DERECHO Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA. CUESTIONES PRÁCTICAS.

I.— Las autorizaciones de internamiento. Problemática de su aplicación a los discapaces psíquicos.

El internamiento es una medida de protección que se adopta, bien para lograr un mejor tratamiento médico o rehabilitador o para obtener una mayor calidad de vida y asistencia de la persona internada. El principal problema que tiene la regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico es que contempla el internamiento de carácter terapéutico que, como veremos, no es el único que puede practicarse.

Volviendo al internamiento psiquiátrico, este es una actuación sanitaria destinada a la recuperación de la salud, limitándose el Juez a autorizar o a aprobar la medida si el afectado no puede prestar su consentimiento por sí mismo. Como ya definió García Zarandieta es un sistema de riguroso control judicial, pero no un sistema judicial de internamiento. El Juez autoriza, pero no puede ordenar, en el campo civil, el ingreso. Solo en el caso de que el Juez no ratifique el internamiento urgente realizado por un médico y deba darse el alta al enfermo en contra del criterio médico puede hablarse de que nos encontramos ante una orden judicial.

Pero en el tratamiento asistencial a deficientes, en que las posibilidades de curación o mejora son remotas, el problema es distinto. No basta aquí el criterio propiamente médico, que solo servirá para indicarnos si la persona está capacitada para decidir sobre el internamiento por sí misma, sino que habrá que tener en cuenta otros factores. En este campo, lo esencial no es la posibilidad remota de curación o fin terapéutico, sino la reinserción social y la mejora de la calidad de vida o fin rehabilitador y asistencial. El concepto de finalidad terapéutica creemos que debe entenderse de forma amplia, incluyendo las atenciones médicas, farmacológicas y de calidad de vida que van a hacer más llevadera la situación del disminuido psíquico.

Para autorizar el internamiento el Juez debe tener en cuenta como presupuesto básico la necesidad del mismo. Pero además la voluntad del paciente si este está en condiciones de manifestarla. Y, en último extremo, puede valorarse la probabilidad de daños a sí mismo y a terceros siempre que esto sea real y de cierta entidad y, solo de forma muy residual, la alarma social que provocan. También la imposibilidad para realizar las tareas de cuidado personal más necesarias, deben tenerse en cuenta.

Un sector doctrinal ha considerado que el artículo 763 LEC que regula en España estos internamientos puede amparar el internamiento en centros de naturaleza sanitaria o de salud mental, pero no de otro tipo, y, por tanto no es aplicable a los internamientos de carácter asistencial de deficientes o seniles. Esta tesis ha sido recogida por alguna resolución judicial. Nosotros entendemos que el precepto abarca a todo internamiento de una persona que, por sus condiciones psíquicas, no esté en condiciones de prestar su consentimiento. Otra interpretación carecería de lógica, siendo lo decisivo, no la modalidad del centro, sino la condición psíquica de la persona. Y ello por los siguientes motivos:

- No cabe duda que las Residencias de Deficientes son centros de internamiento asistencial, y en algún caso de carácter mixto por tener también funciones de asistencia clínica.
- Según cualquier tratado de psicopatología, dentro del concepto de trastorno psíquico, se incluye, no solo la enfermedad mental, sino también las deficiencias y las enfermedades seniles que provocan el trastorno psíquico.
- El artículo 763 LEC no restringe en su sentido literal el concepto a los establecimientos sanitarios. Tampoco especifica que causas concretas permiten el recurso al internamiento, no aclara quienes son los sujetos que pueden ser internados, ni la finalidad (terapéutica, educativa o asistencial) que puede perseguir.

- No es lógico, como indica Aznar López, que la *ratio legis* del precepto se justifique en el caso de esquizofrenia o paranoia, excluyéndose del sistema de garantías establecido a las personas con retraso mental.
- El Código Civil incluye expresamente una modalidad de centro residencial en el que se precisa autorización judicial para llevar a cabo el internamiento: el centro de educación o formación especial (artículo 271 CC que impone al tutor la obligación de solicitar esta autorización). Esto nos demuestra que pueden existir internamientos en centros de carácter educativo y que los mismos exigen autorización judicial. Estos internamientos suelen referirse a discapacitados y van dirigidos a potenciar al máximo sus facultades.
- En el mundo de las discapacidades ya no se habla de una asistencia exclusivamente sanitaria sino que se contempla desde una perspectiva global que abarca lo social y lo sanitario.
- No cabe diferenciación legal alguna entre un centro residencial de tercera edad, un centro para deficientes psíquicos y un centro para enfermos mentales crónicos en lo que concierne a los mecanismos de protección, los tres son servicios asistenciales y los tres participan de las características de las llamadas instituciones totales.
- Los precedentes históricos de estas instituciones son similares mezclándose beneficencia y control social, si bien los elementos de peligrosidad han cedido en cuanto a los elementos asistenciales.
- Todo internamiento implica detención. Asimismo, es en los internamientos prolongados donde se es más proclive a los abusos y, por ello, las razones de control son más atendibles.

Como hemos visto anteriormente, en nuestro derecho el criterio fundamental que persigue el internamiento es el de ser una medida de protección del afectado. Por ello, es conveniente distinguir los internamientos con finalidad terapéutica de los de finalidad meramente asistencial al cumplir ambas con dicho propósito. Debemos añadir que, actualmente, algunas legislaciones autonómicas con competencia en asistencia social, están contemplando la necesidad de autorización judicial remitiéndose a lo dispuesto en la regulación que estamos contemplando, lo que supone un argumento más para su aplicación en estos casos.

Santos Morón realiza un estudio completo de estos internamientos y de los requisitos que deben tener cada uno de ellos. Dejando de un lado los psiquiátricos o terapéuticos cuyos criterios han sido estudiados por la doctrina podemos hacer referencia a los otros tipos.

Así, en primer lugar, indica la autora citada, que no es precisa la autorización judicial para ingresar a deficientes mentales o seniles en centros educativos o asistenciales de carácter abierto en el que los residentes pueden salir libremente y que, por lo tanto, no suponen una privación de libertad. En caso contrario, incluso si el disminuido está sujeto a tutela, en cuyo caso se aplicaría el artículo 271-1º CC, debe solicitarse la autorización judicial por la vía del artículo 763 LEC que ofrece mayores garantías que las establecidas en el artículo 273 CC que establece el régimen de concesión de las autorizaciones judiciales al tutor. Estos ingresos en centros educativos y asistenciales deberán realizarse por el procedimiento ordinario, ya que el urgente se reserva para aquellos casos en que existe un peligro inminente para el que se ve aquejado del trastorno psíquico lo que es difícil de concebir en estos casos. Hemos de decir que la utilización del mecanismo del internamiento urgente en estos casos es habitual y es una práctica que debemos tratar de evitar, si bien a nuestro entender con la suficiente flexibilidad, ya que, en muchos casos, se debe a una mala información a las familias por los órganos administrativos, por lo que estas se encuentran, tras haber pasado mucho tiempo en las listas de espera, con el peligro de perder la plaza conseguida, máxime cuando le conceden un plazo para la ocupación de la plaza transcurrido el cual pierden la misma. Debemos admitir, también, la hipótesis puntual de que, si a la discapacidad se unen otras patologías, nos encontraríamos con un caso de verdadera urgencia, si bien, en este caso, estaríamos ante un posible internamiento de carácter terapéutico. Cuando no se dan estos problemas de lista de espera, lo que ocurre en las plazas privadas no concertadas, el centro no debe aceptar al discapaz sin que los familiares le aporten la correspondiente autorización judicial obtenida por el procedimiento ordinario.

Si nos centramos en el internamiento con finalidad asistencial debemos decir que sujeto del mismo lo son todas aquellas personas que, padeciendo un trastorno psíquico que le impiden decidir por sí mismo, se encuentran incapacitados para realizar las más elementales labores de cuidado personal y para valerse por sí solos. Nos encontramos ante lo que nosotros llamábamos en el campo de la tercera edad «internamiento necesario» y que es sin duda aplicable también en el campo del retraso mental. Decíamos entonces:

«Por ello, es posible hablar de un «internamiento necesario», como concepto diferenciado de las clases típicas de internamiento. No debe confundirse con este internamiento necesario, aquellos en que, basta con que un mayor presente problemas en una familia porque falte el potencial cuidador, para que se decida sin más el internamiento del anciano, lo que supone un desconocimiento evidente de sus derechos fundamentales. En este concepto, solo deben incluirse los casos de ancianos que carecen de familiares y que se encuentran en una situación de riesgo por vivir en unas condiciones inhumanas debido a la imposibilidad de tomar decisiones libres en su vida diaria, lo que, en muchos casos, es consecuencia de una cierta demencia, o, padecen enfermedades crónicas que les incapacitan para desarrollar las labores esenciales de cuidado personal, e incluso enfermos terminales que son desplazados de los Centros Hospitalarios».

Parafraseando lo dicho, no debe confundirse con este internamiento necesario con aquellos en que basta con que un disminuido presente problemas en una familia porque falte el potencial cuidador. En este concepto, solo deben incluirse los casos en que se carecen de familiares adecuados y el discapaz se encuentra en una situación de riesgo por vivir en unas condiciones inhumanas debido a la imposibilidad de tomar decisiones libres en su vida diaria y atender a su cuidado personal, o que el riesgo les viene de la imposibilidad de llevar a cabo esa asistencia por los familiares existentes. La experiencia nos demuestra que, muchas veces, la normativa básica del internamiento no se aplica como debiera. Si la persona no se encuentra incapacitada, se presume su capacidad y, debido a ello, se soslaya cualquier autorización judicial, a pesar de que, en muchos casos, la voluntad del discapaz está condicionada, dándose verdaderos «internamientos forzados». Esto se agrava en las Residencias Privadas, donde el simple convenio con los familiares basta para el ingreso.

Este internamiento por finalidad asistencial afectará, fundamentalmente, a los deficientes mentales profundos, sobre todo a los adultos. En cuanto a los presupuestos para llevar a cabo estos internamientos podemos referir los siguientes:

- 1.–Que dicha medida sea indispensable para que la persona afectada pueda recibir los cuidados y asistencia apropiados para preservar su salud y dignidad. Habrá que valorar las condiciones personales del sujeto afectado – incapacidad para valerse por sí mismo– y el entorno que le rodea –inexistencia de parientes, imposibilidad de los mismos para poder atenderle, o cuando la atención que pueden prestarle es de carácter precario en comparación con la que recibirá en el centro–. Especialmente debe tenerse en cuenta la situación de aislamiento y abandono personal del afectado.
- 2.–Que el internamiento sea una medida proporcionada porque no exista otra posibilidad menos gravosa para el interesado que le permita una existencia digna. Así debe preferirse la asistencia domiciliaria o las residencias abiertas si las mismas no suponen un claro empeoramiento de la asistencia recibida o ponen en peligro la salud o la seguridad del discapaz.

En cuanto al internamiento educativo en centro de formación especial de régimen cerrado deben tenerse en cuenta también los principios anteriores. Así debe ser indispensable para que la persona reciba una adecuada formación y que no pueda recibir dicha formación sin estar recluida o de forma menos gravosa. La exigencia de proporcionalidad exige que la educación que va a recibir mejore en el futuro su calidad de vida, y va a atenuar su grado de dependencia aumentando su autonomía.

Añadamos que no podemos equiparar internamiento e incapacitación. Muchas veces los familiares pretenden la incapacitación porque alguien les ha dicho que es necesario para internar a su hijo en un centro y que si se le incapacita la Administración lo va a internar en un centro público, saltándose incluso las frecuentes listas de espera. Eso no es cierto. Ni todos los presuntos incapaces deben ser internados, ni todos los internados deben ser incapacitados. Si el presunto incapaz está para internar se le internará esté o no incapacitado. Si no lo está, aunque esté incapacitado no se le internará. Como veremos después tampoco existe obligación de internar en vía civil cuando existe auto autorizando el internamiento y, por lo tanto, el Auto de internamiento ordinario no provoca un avance en la lista de espera. Una persona puede no tener capacidad suficiente para consentir su internamiento, pero tenerla para tomar otras decisiones, conservando gran parte de su autogobierno. De hecho existen enfermedades que provocan internamientos frecuentemente – esquizofrenias y otras psicosis– y solo excepcionalmente dan lugar a la incapacitación.

Podemos decir que son cuatro las vías por las que un enfermo de esta clase puede ser sometido a tratamiento en régimen de internado, a saber: voluntariamente, involuntariamente, con carácter de urgencia, y por orden judicial.

Los internamientos pueden ser voluntarios cuando el afectado, pudiendo hacerlo presta su consentimiento. Sin embargo, se desconoce cómo puede el paciente, por sí mismo, solicitar el ingreso seguido de tratamiento y qué requisitos médico técnicos debe cumplir.

El internamiento voluntario y extrajudicial tiene lugar cuando una persona mayor de edad y a la que se presume capaz, presta su consentimiento, debiendo recoger el Centro su conformidad por escrito, firmado por el interesado y precisándose el objeto y fin del internamiento, así como, a ser posible, la enfermedad que le afecta y cuya curación se busca. Parece que todo internamiento voluntario, de un mayor de edad para recibir tratamiento de cualquier tipo no precisa la autorización judicial. Sin embargo, y aunque no se precisan requisitos formales al respecto, el carácter voluntario del ingreso exige que la persona estuviere en plenitud de facultades para la adopción consciente de dicha decisión y que así lo dictamine bajo su responsabilidad el Centro de internamiento. Si la plenitud de facultades desapareciere durante el internamiento, deberá solicitarse la correspondiente autorización judicial de ingreso o de continuación de aquél, conforme a lo establecido por la Ley, por darse un internamiento involuntario sobrevenido.

Dentro de los internamientos involuntarios, en los que el afectado no presta su consentimiento o no está en condiciones de hacerlo, nos podemos encontrar con dos clases fundamentales:

- Urgente.– La necesidad y la premura requieren una intervención inmediata, que debe decidir el médico. El Juez solo convalida o reprueba lo ya realizado. El Juez deberá revisar si concurre o no la indicación necesaria para el internamiento.
- Ordinario.– No se encuentra presidido por la urgencia y por ello puede esperar una decisión un poco más reposada no procediéndose al internamiento hasta que no exista auto que lo autorice – ya hemos dicho que, en ningún caso por vía civil, lo ordena–.

Respecto a los sometidos a tutela o patria potestad, si bien el tutor o el padre es el representante legal del tutelado o hijo, para internarlo en un establecimiento de salud mental de reeducación o formación especial debe obtener la previa autorización judicial, conforme dispone el artículo 271-1º y el 763 de la LEC.

En cuanto al procedimiento, la nueva LEC establece un procedimiento especial intermedio entre el contencioso y la jurisdicción voluntaria. Así, en su artículo 763-1º, establece que la autorización deberá solicitarse al Juez del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. En el caso del internamiento de urgencia, deberá ratificarse este en el plazo de 72 horas por el Juez del lugar donde radique el centro en el que se produjo el internamiento. Hay que tener en cuenta que este Juez será el que mas posibilidades tendrá por cercanía de explorar y reconocer al internado.

En la actualidad no se establece quiénes pueden solicitar el internamiento:

- 1.º– En el internamiento ordinario la doctrina se decanta por conceder legitimación a las personas que pueden instar la incapacitación o la reintegración de la capacidad. Es decir, el cónyuge, los descendientes, ascendientes o hermanos o el Ministerio Fiscal si aquellas personas no existen o no lo solicitaran (artículo 757 LEC), el propio interesado (artículo 761-2º) y el tutor (artículo 271-1º CC). En cuanto a la posible legitimación del guardador de hecho creemos que no debe excluirse ya que la ley no establece un círculo concreto de legitimados, sin que podamos discutir el interés legítimo del guardador de hecho en el internamiento. Para estos autores, el resto de las personas deberán poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que este, en su caso solicite, el internamiento. No obstante, el anterior criterio es muy restrictivo ya que el artículo 762-1º LEC, establece que cuando el Juez tenga conocimiento de una persona que pudiera ser incapaz deberá tomar las medidas de protección que estime necesarias de oficio y sin necesidad de petición. Esto supone que, si un trabajador social, un vecino, un médico, o cualquier otro ciudadano pone en conocimiento del juez la situación este deberá actuar y, en su caso, decretar el internamiento por lo que carece de sentido hablar aquí de legitimación. La ley no restringe ni cualifica el interés legítimo para solicitar el internamiento, por lo que creemos que cualquier persona podría solicitarlo.
- 2.º– En los internamientos urgentes el responsable del centro en el que se produce tiene la obligación de comunicar el mismo al Juez para su regularización.

Podemos preguntarnos si existe alguna responsabilidad cuando las personas que deben solicitar el internamiento no lo hacen. En principio, la ley no establece ninguna sanción. Ahora bien, a través de la ju-

jurisprudencia se han introducido algunos matices de responsabilidad. Así, podemos citar la STS de 13 de septiembre de 1984, que da lugar a indemnización por los daños y perjuicios derivados de la muerte violenta de una hermana de los actores, ocasionada por hecho delictivo cometido por un enajenado, hijo de uno de los demandados y hermano de los restantes interpelados. Se acoge la pretensión indemnizatoria postulada, por abierto incumplimiento de lo dispuesto en el CC en orden a promover la constitución del organismo tutelar, a lo que venían obligados todos los interpelados, determinando tal omisión la indemnización de los daños y perjuicios, dado que la enfermedad mental de su hijo y hermano era preexistente y conocida de los mismos con mucha antelación al momento del hecho ilícito penal. Estamos aquí ante un caso de responsabilidad civil del guardador de hecho de un incapaz, tema en el que profundizaremos después.

Una segunda cuestión es si cabe responsabilidad del Estado u otras personas jurídicas por daños al enfermo o a otras personas si no se procede al internamiento o no se controla suficientemente el mismo. En el campo civil podemos referirnos a la STSJ de Navarra de 17 de mayo de 1993 que condena civilmente al Hospital de Navarra, Unidad psiquiátrica asistencial, sin obligaciones de custodia, por el suicidio de una enferma ingresada con ideas suicidas y con la que no se tomo ninguna medida especial a pesar de los avisos al respecto. No obstante, nos remitimos a lo que sobre este tema diremos en otras partes de este trabajo.

En el campo penal sería difícil considerar como responsable civil subsidiario al Estado o entidad pública menor por los delitos cometidos por un incapaz no internado o fugado, dada la dicción del artículo 121 del CP de 1995 y la línea jurisprudencial mayoritaria, si bien anteriormente dicha responsabilidad se había admitido en algunos casos por infracción del deber de custodia y diligencia debida que provoca la fuga o salida incontrolada del ya internado máxime si se ha sido avisado y el internado está catalogado como peligroso, tal como ocurre en los supuestos contemplados en las SsTS de 6 de octubre de 1989 y 15 de julio de 1994 si bien estas dictadas con la anterior regulación y con una persona que se fuga de donde se encuentra internado .

Debemos también indicar que cuando se dicta un Auto Judicial de internamiento y este no se realiza por no existir centros adecuados, los daños que por ello se le cause al enfermo podrán exigirse, así lo creemos, a la Administración responsable por funcionamiento anormal de los servicios públicos, aunque no conocemos ningún caso al respecto.

En cuanto a los trámites procesales podemos indicar los siguientes:

Cuando la petición de ingreso se produce a instancia de parte, el escrito puede ser firmado por el interesado o por la persona que le represente o esté legitimada. También se puede hacer dicha petición a través de comparecencia ante el Juzgado Decano. Sin pretender ofender a nadie queremos reflejar algo que se da con frecuencia, al menos en la provincia en que me encuentro destinado, y que nos parece que es una mala práctica injustificada y reprochable. Me refiero al hecho de la resistencia de los Juzgados a aceptar la realización de estas comparecencias – lógicamente orales y que deben documentarse en el mismo Juzgado– exigiendo a los familiares que presenten la petición por escrito o enviándoles a la Fiscalía para que sea ella la que lo haga. En Fiscalía no nos oponemos a recoger las comparecencias para luego remitirlas al Juzgado con un oficio o abrir un expediente informativo para ver si somos nosotros los que instamos el internamiento. Ahora bien, para ello, además del retraso que este aumento de los tramites supone, el ciudadano ha tenido muchas veces que trasladarse de su localidad, donde esta el Juzgado, a la capital de la provincia que es donde esta la sede de la Sección de Protección de Fiscalía o a una de las adscripciones. Se *«pelotea»* al ciudadano por no recoger una comparecencia que se puede hacer en diez minutos. Creo que estamos ante un problema de educación que debe evitarse. Claro que *«lo que la naturaleza no da, Salamanca no lo presta»*.

Por el contrario, cuando el ingreso del presunto incapaz ya se ha producido porque razones de urgencia hicieron necesaria la inmediata adopción de tal medida, bastará la obligada comunicación del Centro asistencial, que ha de darse cuanto antes y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas (artículos 763–1º y 2º LEC). En este supuesto, por tratarse de constatación que tiene carácter oficial, debe considerarse como suficiente para el inicio del expediente.

Recibida la solicitud de parte interesada o la comunicación del Centro asistencial, el Juez debe examinar al presunto incapaz y oír, simultáneamente o de forma sucesiva, el dictamen de un facultativo por él designado, a fin de conceder o denegar la autorización de internamiento. Debe oírse asimismo al Ministerio Fiscal para que informe tras la realización de las diligencias practicadas. En el caso de los internamientos urgentes todas estas diligencias y el dictado del Auto deben hacerse en el plazo de 72 horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Juzgado.

La concesión del Auto del internamiento no asegura el ingreso en un centro, dependiendo ello de la capacidad económica de la familia o de los Servicios Sociales existentes. Por ello es conveniente que antes de iniciar el procedimiento se hayan realizado gestiones para conseguir plaza en un centro adecuado. Especialmente problemático es esto en los casos en que el discapaz tiene una adicción o un trastorno de conducta, cosa por otra parte habitual. Son estos casos los que se han denominado dobles patologías de difícil ubicación en centros dedicados a determinados pacientes y pertenecientes a diversas administraciones que se remiten las unas a las otras y las otras a las unas. En estos últimos tiempos, la Junta de Andalucía ha dado un importante paso adelante al constituirse una comisión mixta de Salud Mental y el Instituto Andaluz de Servicios Sociales, para resolver estos casos estudiándolos y eligiendo el dispositivo correcto.

En lo que hace referencia a la práctica de la prueba, el examen del enfermo obligará, en muchos supuestos, a trasladarse al lugar del internamiento si esta medida, por razones de urgencia, ha sido ya adoptada, porque no resultará fácil que el internado se encuentre en condiciones de ser llamado ante la presencia judicial, a menos que tras su examen por el equipo médico del Centro se haya optado por el tratamiento del mismo en cura ambulatoria reintegrándolo a su domicilio.

El examen y el dictamen deben producirse de forma directa y personal – examinando el Juez por sí mismo al internado– en el Juzgado o en el domicilio, según proceda, encomendándose el dictamen al Médico forense. En caso de que el paciente sea ingresado con carácter de urgencia y al tiempo de acordar su examen no se encuentre en el Centro por haber salido en cura ambulatoria, ello no puede eliminar el cumplimiento de dicho requisito por parte del Juez y menos el dictamen facultativo, ni suplir una cosa y otra por el historial médico que dicho Centro pueda remitir al Juzgado a su requerimiento, porque podemos tener el riesgo de tomar una decisión sin las debidas garantías o acordar, en todo caso, la ratificación de la medida inicialmente adoptada para salvar la responsabilidad del Director. No obstante en la práctica esto es muy difícil que se haga dado el trabajo de los Juzgados. Por ello, se limitan, a dictar un auto–tipo regularizando la situación.

Tengamos en cuenta, que el reconocimiento personal del enfermo por el juzgador es una de las garantías fundamentales para evitar que el internamiento sea arbitrario, hasta el punto de que su omisión puede dar lugar a la nulidad del pronunciamiento judicial.

Esta diligencia agrupa en sí dos actividades necesarias para la concesión o no de la autorización. Por un lado, el examen personal del juez y, por otro, la audiencia al afectado que exige el artículo 763 de la LEC, siempre, lógicamente, que la misma sea posible. Dicho acto debe hacerse, preferentemente, fuera de la sede del Juzgado ya que, otra cosa, podría resultar vejatorio y antiterapéutico (no olvidemos que nos encontramos ante un enfermo) y dado su carácter confidencial debe hacerse a solas por el Juez con el sujeto afectado, sin testigo alguno, pero conociendo ya el juzgador el dictamen facultativo lo que facilitara su labor .

La naturaleza de la diligencia de exploración judicial constituye, según la mayor parte de la doctrina, un reconocimiento judicial de la persona de los dispuestos en los artículos 353, 355 y siguientes de la LEC.

Tal como establece la ley procesal la práctica de esta prueba requiere las siguientes formalidades:

- El interrogatorio del Tribunal deberá adaptarse a las necesidades del caso concreto.
- El interrogatorio puede practicarse a puerta cerrada y fuera de la sede del Tribunal, y las partes solo pueden intervenir si el juez considera que su presencia no es perturbadora para la práctica de la diligencia. Ya hemos manifestado anteriormente nuestra posición a favor de la no presencia de parte alguna.
- Deberá garantizarse, en todo caso, la dignidad e intimidad de la persona.
- Según el artículo 358 es obligatorio que, por el Secretario judicial, se levante acta detallada en la que se consignen con claridad las percepciones y apreciaciones del Tribunal y la opinión manifestada por el enfermo si estaba en condiciones de darla.

Dada la confidencialidad de la práctica de la diligencia, el acta es un elemento imprescindible para que las partes puedan valorar la situación a la hora de emitir su informe y para hacer factible la posibilidad de recurso que cabe en este procedimiento. Igualmente, es imprescindible para conocer la voluntad del internado si este emitió alguna. Aunque el acta debe ser realizada por el Secretario Judicial esto no quiere decir, en consonancia con lo manifestado anteriormente, que el mismo deba asistir al reconocimiento. Dado que lo que debe recoger son impresiones y percepciones de otra persona, basta con que esta se las narre una vez finalizada la diligencia.

En este procedimiento el enfermo puede comparecer asistido de Abogado o Procurador, lo que, si bien no es habitual, no le está prohibido y se encuentra dentro del espíritu de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Una vez decretado el internamiento no acaba la intervención judicial ya que, conforme al artículo 763-4º LEC, el Juez, de oficio, debe recabar información sobre la necesidad de continuar el internamiento, en todo caso, cada seis meses; a fin de acordar lo que proceda sobre su continuación o interrupción. Sigue abierto el conflicto doctrinal sobre cual debe ser el Juez que controla el mismo cuando el afectado se interna en un centro de otro partido judicial. Está claro que la ley impone la obligación de control al Juez que dictó la resolución. Ahora bien, el hecho de que la distancia pueda dificultar dicho control mantiene abierta la conveniencia de la participación de los Juzgados del lugar del centro en el mismo. En este sentido, algún autor ha aventurado la opinión, interesante pero no del todo ortodoxa, de que una vez trasladado el enfermo a otro partido se volviera a regularizar el internamiento por la vía de urgencia controlándose por el Juez que autorizó esta e inhibiéndose el del internamiento ordinario a favor de este. Incluso ha habido quien ha abogado por un doble control. Este tema requiere una solución legal que evite las disfunciones y que pasa, a nuestro entender, por la remisión del expediente y de la obligación del control al Juez del lugar del centro.

II.– El tratamiento ambulatorio.

Sobre este tema ya hemos hablado anteriormente.

III.– La esterilización y el aborto en los discapaces psíquicos.

En cuanto a la esterilización del incapaz, cuestión de importante calado jurídico-moral y social, recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994 de 14 de Julio, que refleja la misma como un derecho del incapaz, y no de ninguna otra persona –evitar la preocupación de los padres por el embarazo, por ejemplo–, ni de la sociedad –con fines eugenésicos–. Por ello, solo debe concederse en «*mayor interés del incapaz*», sin que deba tenerse en cuenta, por ejemplo, el de los herederos del mismo. El TC también tiene en cuenta el interés del posible hijo, al que el incapaz no podría cuidar. El fin de esta posibilidad se encuentra en que el discapaz viva la sexualidad como parte del desarrollo personal del ser humano, tratando de evitar el riesgo que se crea para la posible descendencia cuando la persona padece un trastorno psíquico que, por su naturaleza e intensidad, comprometa o anule su capacidad de poder cuidar a la posible descendencia.

Sorprendentemente, esta posibilidad se encuentra prevista en el Código Penal –Art. 156– como causa de exención de la punibilidad de las lesiones, recogiendo este artículo el marco procedimental aplicable. A pesar de ello, no podemos olvidar que nos encontramos en una cuestión de carácter civil y no penal, y, como indica algún autor, los principales problemas que se derivan de la misma se deben a esta incorrecta ubicación. Así se dice que la configuración nos hace cuestionarnos si la no penalización de la esterilización supone la existencia de un derecho a la misma. La Circular 1/91 de la Fiscalía General del Estado y la STC mencionada configuran la misma como un derecho del incapaz necesario para su integración personal y el desarrollo de su personalidad, incluida la faceta sexual, en un plano de igualdad con las demás personas.

Por lo dicho anteriormente solo se debe practicar si no hay otro medio de que el incapaz pueda ejercer su sexualidad sin problemas. No sería lógico privar al discapacitado del ejercicio de una sexualidad que, como faceta constitutiva de la persona, es necesaria para su realización como tal. Lo que se busca es que su empleo no sea traumático.

Para poderse autorizar la esterilización se requiere:

- 1.–Padeecer una deficiencia o minusvalía psíquica como condición necesaria pero no suficiente, debiendo ser de las que dan lugar a incapacitación legal y no cualquier otra. La deficiencia tiene que ser bastante grave para que se declare la incapacitación, pero no es necesario que esa incapacitación sea total ya que, en ese caso, se daría una carencia también total para la realización de actividades sexuales, derivada de una evidente falta de autonomía.
- 2.–Dicha deficiencia, según el Código, ha de ser grave. Esto da lugar a problemas interpretativos. Por un lado, como hemos visto, debe ser bastante para que se declare la incapacidad. Por otro, debe ser tan débil que permita ejercer la sexualidad ya que, en otro caso, carece de sentido la esterilización. La gravedad, por ello, debe referirse a aquella que impida al incapaz comprender lo que es la esterilización y que le prive de aptitud para asumir la sexualidad y comprender el alcance de sus consecuencias, tal como refleja la STC. Entendemos que si el incapaz tiene discernimiento

suficiente para prestar su consentimiento – tenga sentido para entender lo que supone la esterilización– no es precisa la autorización, lo que deberá tenerse muy en cuenta en el caso de los sometidos a curatela. En este caso habrá que estar a la sentencia de incapacitación ya que el Juez podrá entender en la misma que el incapaz no pueda decidir sobre este tema, pudiendo solicitarlo el curador. Esto presenta el inconveniente del abuso judicial de las sentencias tipo al determinar el alcance de la incapacitación. Es necesario tener en cuenta que la enfermedad debe tener una cierta duración, siendo muy discutible su práctica en enfermos agudos.

Debe buscarse la posibilidad de otros medios, menos traumáticos, de contracepción antes de la esterilización. Descartado el aborto por ser más traumático y posterior a la concepción si cualquier otro sistema es factible debe seguirse este. Factible no solo médicamente, sino que el incapaz dado su grado de discernimiento pueda seguir por sí solo, y no si necesita un control constante por parte de sus guardadores, lo que afectaría a su derecho fundamental a la dignidad.

- 3.– Es competente el Juez de 1ª instancia del domicilio del incapaz, dentro del mismo procedimiento de incapacitación o en procedimiento de jurisdicción voluntaria independiente.
- 4.– La solicitud debe hacerla el representante legal del incapaz. Es decir el padre, el tutor y entendemos que también el guardador de hecho al que, de acuerdo con el artículo 304 CC se le permite realizar cuantos actos redunden en interés del incapaz, si bien esta última posibilidad es rechazada por la mayoría de la doctrina. No podrá hacerlo nunca el Ministerio Fiscal, ya que la ley trata de excluir la intervención estatal en la materia. Lo único que podrá hacer el Fiscal es tratar de dotar a esa persona de representante legal lo antes posible.
- 5.– Se requiere el dictamen de dos especialistas. Lo idóneo sería que informara un urólogo o ginecólogo – dependiendo del sexo– sobre la existencia de capacidad para procrear – puesto que, en otro caso, la esterilización sería innecesaria–, la conveniencia del método propuesto frente a otros métodos anticonceptivos, riesgos de la intervención y posibles consecuencias negativas de la operación para la salud; y un psicólogo o psiquiatra sobre la gravedad de la deficiencia psíquica para comprender la esterilización y para asumir el cuidado de la descendencia y el riesgo que una hipotética concepción y embarazo pueda suponer para la estabilidad psíquica de la incapaz. La doctrina entiende que serían convenientes otros informes de asistentes sociales sobre el entorno social y forma de vida del discapaz y ello porque habrá que tener en cuenta la edad, personalidad, comportamiento sexual, etc... No es lo mismo un incapaz con personalidad retraída que no sale de casa y no muestra interés por los temas sexuales, que otro que carece del adecuado control y muestra un comportamiento sexual desinhibido.
- 6.– El Juez debe explorar por sí mismo al incapaz para comprobar su postura sobre el tema y la mayor o menor fiabilidad de la misma.
- 7.– Se necesita audiencia del Fiscal como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales del incapaz.

Practicadas estas pruebas si la esterilización no está clínicamente desaconsejada, no se puede acudir a otra solución y hay riesgo de embarazo no deseado que repercuta gravemente en la dignidad y el desarrollo personal del incapaz, debe concederse la autorización, denegándola en otro caso.

Ahora bien, como ya hemos indicado, la esterilización solo puede hacerse en interés del incapaz y no por interés eugenésico o de los poderes públicos, ni tampoco por el de los representantes del incapaz. Por último, debe contribuir a la efectiva integración social del incapaz. Así lo indica el TC en su sentencia de 14-7-1994 (fundamento jurídico 4º):

«Lo primero –la justificación– porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el artículo 428 CP, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (artículo 10-1º CE) y a su integridad moral (artículo 15-1º CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (artículo 39-3º CE) inherentes a tales situaciones».

Unido al anterior problema de la esterilización se encuentra el del aborto practicado a una incapaz. El legislador ha trasladado, en los casos especialmente previstos en la ley, a la mujer la decisión última sobre la continuación o no del embarazo exigiendo el consentimiento de la misma, lo que es notorio no existe en la mujer incapacitada y, por ello, los facultativos se niegan practicar la intervención si no media autorización judicial. Solo la mujer que esté en condiciones de valorar el alcance de la práctica del aborto, según criterio del médico, podrá prestar este consentimiento. Deberá entender que el mismo se trata de una intervención en su propio cuerpo y lo que supone la destrucción de la vida del feto. Frente a otras opiniones, nosotros entendemos con Ocaña Rodríguez que el consentimiento prestado por una menor o incapaz no es de por sí inválido. Habrá que estar a la capacidad natural de juicio y a la comprensión del alcance del acto y, solo si esta no existe, serán los padres o tutores los que deberán prestar su consentimiento teniendo en cuenta únicamente el interés de la incapaz y no sus propias convicciones o ideología. Esta posibilidad de que el consentimiento sea suplido por los representantes legales es compartida por la mayor parte de la doctrina, al entender que, cuando la ley pretende excluir tal posibilidad lo hace expresamente. En el caso de que el médico considere que la postura de los representantes legales no se basa en los intereses de la incapaz, deberá acudir al Juez por poder encontrarnos en un caso de abuso en la postura de estos. Romero Malanda entiende que la incapaz o menor tendría una especie de veto frente a la voluntad de los padres, en respeto del desarrollo de su personalidad, cuando el aborto no se encuentre en el supuesto de indicación terapéutica, si bien en este caso debe decidir la autoridad judicial para evitar que la menor funcione de acuerdo con una concepción idílica de la maternidad o aún teniendo suficiente capacidad exista un riesgo importante para su vida o su salud que hace que pudiéramos encontrarnos ante una « decisión errónea » de la menor . Solo en el caso de urgencia vital para la gestante podrá el médico actuar sin necesidad de consentimiento alguno. Si no existe esta urgencia entraríamos en el campo de la autorización judicial.

La ley no prevé la necesidad de autorización judicial. Como en parte ya hemos visto, nosotros creemos que la misma, al menos en los casos en que el consentimiento se preste por los representantes legales de la incapaz y la opinión de esta sea contraria a la de sus representantes, no está de más. El problema se encuentra en cual es el procedimiento para obtener dicha autorización. Hoy solo podemos acudir a la aplicación del artículo 273 CC que es a todas luces insuficiente, ya que son muchos los casos en los que el problema se plantea. Como podemos comprobar dicho artículo hace referencia a los dos artículos anteriores en los que no se menciona el aborto. Entendemos que el artículo anterior puede completarse, por ello, como ya hemos indicado para otras cuestiones, por el juego del artículo 158-4º CC aplicable a los incapaces según establece el artículo 216-2º del mismo cuerpo legal. El acudir a la autorización judicial solo sería necesario si existe un conflicto de intereses entre la opinión de la incapaz y la de sus representantes legales, como forma de comprobar que los representantes legales no se mueven por intereses que se alejan del de la mujer incapaz y para valorar el alcance de la capacidad natural de esta.

IV.- La gestión de la tutela por personas jurídicas. Las fundaciones tutelares.

El ejercicio de la tutela por personas jurídicas fue introducido por la reforma de 1983 a pesar de una importante resistencia. Superadas hoy las desacertadas críticas de « disparate cómico similar al matrimonio de dos sociedades de responsabilidad limitada » se han transformado en un importante instrumento social para la protección de los discapacitados psíquicos, enfermos mentales y seniles que carecen de parientes adecuados para llevar a cabo la tutela, siendo también un importante instrumento de apoyo para el resto de los tutores.

El principal peligro de la existencia de estas personas es el de dar una ilusoria sensación de seguridad, sobre todo cuando son públicas, que desresponsabiliza al cuerpo social del problema. También poseen el peligro de burocratización lo que es nefasto para el ejercicio de la tutela.

Nadie duda que, preferentemente, el tutor debe ser una persona física, pariente o allegado del tutelado. A falta de estos, el Juez debería disponer de personas voluntarias que, por altruismo y solidaridad, y reuniendo las suficientes garantías, estuvieran dispuestas a aceptar la tutela, sin perjuicio de recibir apoyo de asociaciones o instituciones públicas.

Las personas jurídicas, además del ejercicio de la tutela, pueden realizar una importante tarea asesando, apoyando materialmente y fomentando el voluntariado en la materia. Pueden también fiscalizar las funciones del tutor, sin perjuicio del control judicial y Fiscal, si así lo han dispuesto los padres, de acuerdo con el artículo 223 CC, o asumir todo el aspecto patrimonial de la tutela, reservándose el aspecto personal a una persona física con vínculos afectivos con el tutelado.

Después de la reforma de 1983 han ido consolidándose en todo el país personas jurídicas, tanto públicas como privadas, con el fin proteger a colectivos de discapacitados utilizando, entre otros mecanismos, el de ejercer los diferentes organismos tutelares.

Dentro de las públicas podemos señalar como pionera el Instituto Almeriense de Tutelas creado por la Diputación de Almería el 25 de Mayo de 1990, implantándose después la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (Ley 4/1995 de 21 de Marzo), Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura (Decreto 52/1996 de 9 de Abril), Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha (Decreto de 17 de Junio de 1997), entre otras. En la actualidad, se están formando en todas las provincias andaluzas Fundaciones Tutelares con un carácter mixto por su participación pública (Diputaciones y Consejería de Asuntos Sociales) y privada (Fundaciones y Asociaciones afectadas), lo que coloca a nuestra Comunidad a la cabeza nacional en lo que a estos temas se refiere. Todas estas entidades poseen entre sus fines la aceptación de las tutelas y curatelas, tanto de personas como de patrimonios, así como, la defensa judicial que les encomiende la autoridad judicial, junto con la de asesoramiento y asistencia a familiares y otros tutores, así como realizar convenios y contratos con personas físicas y jurídicas sobre estas materias.

En el campo privado es fundamental la actuación de las asociaciones de familiares y las fundaciones tutelares a ellas ligadas. Ya en 1983 se constituye una Fundación Tutelar en Guipúzcoa llamada « Atzegi », dentro del campo de los disminuidos psíquicos, iniciándose una prolífica labor y un continuo crecimiento en toda España. Este movimiento, –muy desarrollado en este campo de los deficientes, incipiente, aun, en el de los enfermos mentales, y casi inexistente en el de los seniles –, ha ido avanzando, constituyéndose en 1995 la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, como forma de coordinación y unificación de criterios.

El gran problema de las personas jurídicas como tutoras se encuentra en la forma de organizar el cuidado personal del pupilo, elemento que entendemos básico y fundamental en un correcto ejercicio tutelar.

Por ello, es más importante que crear personas jurídicas que asuman tutelas, crear las condiciones necesarias para que la sociedad civil se sensibilice en esta materia, y favorecer la creación e inclinación del voluntariado hacia este fin. Sin duda, se facilita la labor si ese voluntario se encuadra en una persona jurídica para disminuir la carga que el ejercicio de la tutela supone, y dar continuidad y estabilidad al ejercicio de la tutela.

El nombramiento como tutor de la persona jurídica de la que depende la residencia donde se encuentra internado el incapaz presenta el riesgo de que las funciones de gestor de la institución prevalezcan sobre las de vigilar una correcta asistencia.

Creemos, por ello, que las entidades creadas para tutelar no deben prestar servicios residenciales, laborales, educativos, etc... Para que el tutor tenga la independencia suficiente para exigir calidad en los servicios que se prestan a sus tutelados, lo que sería difícil de conseguir si la entidad tutelar se dedica a dar dichos servicios, actuando, entonces, como juez y parte.

Todo esto no es óbice para que la fundación tutelar – buscando el beneficio de sus pupilos – pueda crear centros y luego ceder su gestión a otra entidad, lo que elimina el riesgo apuntado. Así contribuye a la existencia del servicio, pero no se ve comprometida con su mantenimiento posterior.

Existe también el peligro de explotación que pueden presentar las personas jurídicas privadas que consideren como un puro negocio la protección de incapaces. Esto puede solucionarse con la imposición de un control o supervisión de la autoridad pública con respecto a las privadas. La burocratización y la pasividad de las personas jurídico-públicas puede solucionarse con la creación de instituciones públicas especiales dotadas de la suficiente flexibilidad y operatividad para el desarrollo de estas funciones.

Otro inconveniente proviene de que la comodidad de Jueces, Fiscales y Familiares, lleve a hacer asumir a las fundaciones todos los incapacitados internados en determinados centros, dando lugar a «*tutelas de grupo*», lo que es mejor que el que la tutela sea asumida directamente por la Administración, pero que crea el riesgo de colapsar la Fundación con la tutela de pupilos con los que no ha tenido relación previa. A todos nos gusta contar con un punto de referencia identificable y localizable que nos ahorre el buscar y, en la mayor parte de los casos convencer e incluso obligar, una persona para el ejercicio de un cargo tutelar, máxime cuando, cuando muchas veces, podemos sospechar de sus verdaderas intenciones.

En cuanto a que personas pueden ser tutor, el artículo 242 CC establece los criterios mínimos que debe reunir una persona jurídica para poder ejercer funciones tutelares, pudiendo deducirse alguno más:

- 1.– Que se trate de una persona jurídica legalmente reconocida. Pueden ser públicas, eclesiásticas – a las que los artículos I.4 y V.1 del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede de 1979 reconoce personalidad y plena capacidad, así como la posibilidad de ejercer actividades de carácter benéfico–asistencial –, o privadas. En principio, pueden ser tanto fundaciones como asociaciones. Deben estar válidamente constituidas y no en vías de constitución y funcionamiento, no pudiendo designarse una persona jurídica futura.
- 2.– Que no tenga finalidad lucrativa. Este requisito excluye a las asociaciones de interés particular que tengan ánimo de lucro o, lo que es lo mismo, a las sociedades mercantiles. Pero no se excluye a las asociaciones de utilidad pública que cumplan los requisitos. Se discute si pueden incluirse las Cooperativas, debido a que estas pueden constituir un fondo social dedicado a estos eventos. Es más que dudoso que sea así, ya que las mismas realizan actividades empresariales y si admitiéramos dicha posibilidad, esto se debería extender a los partidos políticos, sindicatos y, por qué no, a las Cajas de Ahorro.
- 3.– Que entre sus fines específicos figure la protección de menores e incapacitados. Un sector doctrinal entiende que estamos ante un requisito que debe exigirse de modo estricto y expreso, no admitiendo la posibilidad de admitir como suficientes un fin genérico de carácter benéfico o asistencial. No podemos compartir este criterio. Si así fuera serían muy pocas las personas aptas para poder ser designadas tutores. Nos decantamos, por ello, por una interpretación amplia que permita el nombramiento como tutor a personas que tengan como fines estatutarios, por ejemplo, la salud del enfermo mental, la rehabilitación de drogadictos y alcohólicos, etc... Será la autoridad judicial la que, actuando en beneficio del tutelado, deberá valorar la competencia e idoneidad de la persona jurídica que nombra tutor.

En concreto pueden ser tutores:

- 1.– Los entes eclesiásticos que tengan reconocida genéricamente la labor protectora del artículo 242 CC.
- 2.– Los Ayuntamientos en cuanto tienen competencia en materia de prestación de servicios sociales (artículo 25–2º–k Ley de Bases de Régimen Local 7/1985 de 2 de abril), siendo el ejercicio de esta competencia obligatoria en los que tengan una población superior a 20000 habitantes (artículo 26–1º c). En otro caso la competencia es de las Diputaciones Provinciales.
- 3.– Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148–1º–20 de la Constitución, pueden asumir las competencias en materia de asistencia social y, por ello, están en condiciones de asumir tutelas. Además, de hecho, todos los Estatutos de Autonomía han asumido estas competencias de manera exclusiva (a lo que nada les obligaba), sustrayendo también las competencias que, tradicionalmente, asumían en la materia las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos, sin perjuicio de la posibilidad de delegarles o transferirles de nuevo dichas atribuciones bajo su control (artículo 37 LBRL, así como el 5 de la Ley 12/1983 de 14 de octubre del Proceso Autonómico). Debido a esta asunción en exclusiva de las materias por las CCAA son estas, en la mayor parte del territorio nacional, las llamadas a la asunción de las tutelas tal como ha entendido la Consulta de la FGE 2/1998 y en, algunos casos, los mismos Tribunales.
- 4.– También pueden crearse personas jurídico–públicas de carácter específico como es el caso, por ejemplo, del Instituto Almeriense de Tutelas (decano en el campo público) o la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.
- 5.– En el campo privado pueden asumir tutelas las asociaciones que reúnan los requisitos generales. Tienen a su favor la facilidad de constitución, y la posibilidad de usar las ya existentes constituidas por los familiares de los incapaces. Su principal inconveniente se encuentra en su contingencia, ya que pueden ser disueltas por la mera voluntad de sus socios. Su carácter hace que deban obtener una Declaración de utilidad pública, lo que desvirtúa su substrato jurídico. De forma general, se ven afectadas por problemas de carácter económico que dificultan su desenvolvimiento.
- 6.– También pueden asumir instituciones de guarda personas jurídicas que adopten la forma de Fundaciones. Al ser un conjunto de medios materiales y personales, con personalidad jurídica propia, afectados a la finalidad propuesta por el fundador son las que tienen más ventajas para el ejercicio

de la función tutelar. La Ley 30/1994 las define como la organización, sin ánimo de lucro, que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Entre sus ventajas podemos destacar:

- Tradicionalmente son las que se han puesto al servicio de aquellas clases y personas más necesitadas para darles protección y amparo.
- Su estabilidad, ya que pervive a sus propios creadores. La Fundación no muere, aunque pueda extinguirse, como ocurre con las personas físicas, ni está sometida a los cambios de opinión de las asociaciones, ya que el protectorado ampara que se respete la voluntad de los Fundadores.
- El hecho de que tienen más posibilidades económicas dadas las importantes subvenciones y beneficios fiscales de los que gozan.
- Su especial naturaleza jurídica les da la suficiente independencia económica, ya que disponen de un patrimonio afecto.
- Por disposición legal tiene una serie de controles públicos que impiden se dediquen a negocios lucrativos y especulativos lo que garantiza su correcto funcionamiento y dedicación a los fines que persiguen.
- Es la forma más idónea para que se den mecanismos operativos de colaboración entre la iniciativa pública y la privada, sirviendo para el cumplimiento de las obligaciones de las entidades públicas sin eliminar el sentido de responsabilidad social. Quizás, por todo lo dicho, esta es la forma más habitual en las personas jurídicas dedicadas a la protección de los discapaces.

En cuanto a cada caso concreto el Juez deberá seleccionar entre todas las personas jurídicas que reúnan los requisitos generales antes expuestos, y que se encuentre en disposición de desempeñar eficazmente la tutela, aquella que tenga una mayor relación con el incapaz.

Para ello habrá que contemplar las causas de inhabilidad lo que presenta el problema de que no es totalmente aplicable la regulación del Código Civil al respecto. A pesar de ello, podemos decir que serán inhábiles las personas jurídicas que carezcan de una buena estructura, de medios personales y materiales para llevar a cabo la labor. También cuando limiten su objeto a la protección de determinados tipos de incapaces o a determinado ámbito territorial será inhábil para el resto. Si, por determinación fundacional, solo se extiende al aspecto personal, será inhábil para el patrimonial, etc...

Se discute cual es el ámbito territorial idóneo para este tipo de instituciones. Creemos que el de actuación idónea es el provincial, que coincide con el de las Fiscalías y Audiencias, así como con el principal círculo de actuación administrativa, y permite la entrada de instituciones privadas con mayor flexibilidad. Igual idoneidad presentaría una institución regional con delegaciones provinciales autónomas.

Podemos preguntarnos sobre la conveniencia o no de la existencia de varias entidades tutelares concurrentes en un determinado territorio. La necesidad o no de las mismas va a depender de la densidad de población y de la extensión geográfica que abarquen. No es bueno que no exista ninguna, pero tampoco que existan demasiadas. Sería conveniente que existieran varias, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de las clases de incapaces, la posibilidad de opción por las familias, y el evitar la saturación de pupilos en alguna de ellas, lo que hace imposible su labor.

Es necesario aclarar que, una vez nombrada tutora la persona jurídica, el titular de la tutela es la persona jurídica en cuanto tal y no ningún miembro u órgano de la misma. Pero, sin duda, las funciones tutelares deben ejercerse a través de personas físicas, miembros o empleados contratados por la misma. Será fundamental la infraestructura y recursos personales, evitando una masificación que dificulte una relación personalizada con el pupilo, y buscando, siempre, la fórmula idónea para que el incapaz alcance el pleno desarrollo de su personalidad y encuentre protección y asistencia material.

Habrà que seleccionar a la persona apropiada para el ejercicio directo de la tutela, con suficiente preparación y capacidad para sintonizar con el tutelado y crear una relación afectiva con el mismo, teniendo como fin el ofrecer una relación similar a la familiar. Garantizar esto se puede hacer a través de los siguientes mecanismos:

- 1.– Delegados tutelares procedentes del voluntariado. Son voluntarios que, en la mayoría de los casos de forma gratuita siendo solo resarcidos por el gasto que les suponga el ejercicio de la tutela, cola-

boran en estas tareas con la coordinación de un profesional especialista en la atención de personas aquejadas de una causa de incapacidad, tratando de darles la compañía, el afecto y el respeto, que la persona jurídica no puede darles. En esta materia tiene una importancia capital la figura del voluntariado, que regulado por la Ley 6/1996 de 15 de Enero, son un importante instrumento a utilizar por las personas jurídicas tutelares en el ocio, atención personal y afectiva de los pupilos, etc...

Fuente de problemas importantes en la actividad de esta figura es la posible contradicción entre la opinión del Protectorado de la Fundación y la de su Delegado sobre lo que es mejor para determinado pupilo. No hay que olvidar que la Fundación es la verdadera tutora, pero que nadie conoce mejor al pupilo que su delegado responsable. Es preciso, por ello, dotarse de mecanismos flexibles que acerquen posturas para realizar lo mejor teniendo en cuenta el interés del tutelado, único fin que debe perseguirse.

- 2.– Profesionales empleados de las personas jurídicas, dotados de los conocimientos precisos y apropiados para desarrollar su tarea de modo permanente y vocacional, debiendo ser capaz de crear una verdadera relación de amistad y cariño con los pupilos, siendo el punto de referencia del tutelado con su tutor.
- 3.– Acogimiento familiar. Muy extendido en el caso de los menores, puede ser usado también en el caso de incapacitados tutelados por una persona jurídica que encomendara parciales funciones tutelares a una familia sustituta o funcional, ya que el entorno familiar es el ideal para el desarrollo humano. Esta figura que se encuentra regulado en el Código Civil como forma de integración de menores tutelados por entidades públicas, entendemos que no existe inconveniente para su utilización por personas jurídicas tutoras privadas en cuanto esto redunda en interés del incapaz. El procedimiento indicado es utilizado, de forma excepcional, dadas las especiales características de los enfermos mentales, por la Fundación Andaluza de Integración Social del Enfermo Mental, pudiendo ser más operativo en los casos de deficientes y seniles.

Para el ejercicio de la función, la entidad tutelar podrá contar con las rentas del capital fundacional, las aportaciones y donaciones, públicas y privadas, y las contribuciones hechas por los padres y familiares del afectado, ya que parece lógico que si se confía un hijo a una institución y se poseen medios económicos, se realice un esfuerzo, para proporcionarle los recursos necesarios para cumplir con éxito su misión. Todo ello, sin perjuicio, de que estas personas jurídicas deban dedicar preferentemente sus esfuerzos a los que carecen de posibilidades y de familiares que se ocupen de ellos. Por esto, no deben ser un negocio, pero sí debería abonarse el servicio tutelar, con las remuneraciones establecidas en el artículo 274 CC, si el patrimonio del pupilo lo permite, para facilitar así el servicio a quien carece de medios.

Creemos que a esto no obsta el que la entidad no deba tener ánimo de lucro ya que en las mismas se da una cierta profesionalización que justifica la retribución, sin que la ley la excluya. El ánimo de lucro lo que supone es no repartir beneficios, pero no el no poder recibir remuneración alguna para ejercer mejor sus funciones. Tampoco existe inconveniente aunque se reciban subvenciones si estas no disponen la prohibición de remuneraciones.

Se discute que fin debe darse a las rentas del tutelado si el mismo recibe una herencia de sus padres. Unos abogan por su dedicación al uso individual del tutelado propietario. Otros inciden en el uso global y la socialización de recursos para que, con el asentimiento de la familia, el excedente del tutelado se emplee en el bienestar de otros pupilos de la fundación sin bienes. Se ha solicitado también, desde estas fundaciones, que se pueda nombrar heredero testamentario del incapaz a la Fundación, si este carece de parientes directos, lo que, en principio, se encuentra prohibido por el CC para la generalidad de los tutores (artículo 753 CC). Dentro de este campo testamentario, un medio idóneo de resarcimiento es a través de la sustitución ejemplar del artículo 776–1º CC, por la que se designa por el padre heredero al incapaz, pero para cuando este muera, se nombra sustituto del mismo a la persona jurídica.

También se critica por la doctrina la aplicación a las personas jurídicas tutoras de las prohibiciones establecidas en los artículos 221–1º CC que impide al tutor recibir liberalidades del tutelado o sus causahabientes, en tanto no se aprueben las cuentas de la gestión, ya que se entiende que precisamente sería natural que el patrimonio del incapaz fuera a parar a dicho establecimiento, así como la prohibición de adquirir o transmitir por título oneroso bienes al pupilo, ya que dichas transmisiones pudieran resultar convenientes para el mismo. Un correcto control judicial podría evitar abusos en este tema y, sin duda, en muchos casos su realización podría beneficiar a ambas partes.

El artículo 251 CC establece que las personas jurídicas solo pueden excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.

Es importante interpretar de forma flexible esta norma. En las personas jurídicas privadas debe tratarse de evitar la acumulación de tutelas en las mismas, lo que podría perjudicar a otros tutelados y hacer ineficaces otras tutelas. En las públicas la doctrina coincide en que no pueden excusarse por falta de medios. Se duda de la posibilidad de excusa por dedicarse a un tipo concreto de incapaces, si bien, como ya hemos visto, esto puede reconducirse a la inhabilidad de la misma.

Mayores problemas posee la excusa sobrevenida, dada la imposibilidad de aplicarse a la persona jurídica, que plantea el artículo 254 CC. Esto obliga, sin verdadero ni lógico motivo, a acudir a la remoción tutelar con el problema de que impide el que dicha persona vuelva a ser tutora si más adelante se encuentra en condiciones para ello. En los casos de disminución de medios creemos como solución lógica la propuesta por Lete del Río de permitir la excusa sobrevenida, aunque no exista persona de parecidas circunstancias para sustituirla. El interés del pupilo exige la búsqueda de un nuevo tutor que pueda protegerla, por encima de cualquier literalidad legal.

Para finalizar el tema de las personas jurídicas nos queda preguntarnos sobre la aplicación a las mismas del régimen de responsabilidad establecido en el CC para el ejercicio de la tutela. Se critica por la doctrina la inexistencia de un régimen de responsabilidad del tutor en la Ley 13/1983 por lo que debemos acudir a la regulación general de la responsabilidad. Basándonos en ello podemos decir que la responsabilidad del tutor procede del daño producido al pupilo en el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones tutelares, de acuerdo con el artículo 1902 CC. Esto que, en principio, pudiera parecer tan simple, es, en realidad, una materia de gran complejidad que presenta innumerables problemas. Nos limitaremos a hacer referencia a las especialidades que presenta esta responsabilidad, cuando la tutora es una persona jurídica.

Tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial se admite que las personas jurídicas se encuentran sujetas a responsabilidad.

Las personas jurídicas son responsables frente a sus pupilos de los daños y perjuicios que estos sufriesen por las acciones u omisiones, dolosas o culposas, de sus miembros en el ejercicio de las funciones tutelares. Responden por ello de los daños producidos por la actuación de las personas que directamente se encargan del pupilo, de las decisiones adoptadas en el ejercicio de la tutela por sus órganos, y también, cuando, sin causa justificada, incumplieren las funciones tutelares. Esta responsabilidad hace que sea conveniente la concertación por las personas jurídicas de seguros que eviten su descapitalización, con el perjuicio que pudiera suponer para los incapaces a su cargo.

Podemos preguntarnos si, una vez satisfecha por la persona jurídica la indemnización, puede esta repetirla contra la persona física que causo el daño. Una aplicación extensiva del artículo 1904-1º CC, debe llevarnos a una respuesta afirmativa, si bien deberá verse en cada caso si no hubo culpa *–in eligendo o in vigilando–* de la persona jurídica, ya que, en ese caso, deberá de limitarse la repetición por la concurrencia de culpas. Tampoco cabe esta si el daño se produjo como consecuencia del cumplimiento de decisiones o instrucciones de las personas jurídicas, fuerza mayor, o a una mala organización, precaria infraestructura o defectuoso funcionamiento del servicio.

Otro aspecto de la responsabilidad de la persona jurídica tutora se basa en el artículo 1903 CC, esto es en los daños que a terceros causen los pupilos que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. Para que esta responsabilidad tenga lugar se requiere:

- 1.–Existencia de un incapacitado bajo autoridad.
- 2.–Que este habite en compañía del tutor. Este requisito tiene una especial complejidad en el caso de personas jurídicas, fundamentalmente cuando esta encomienda al pupilo a otras personas, como por ejemplo, en un acogimiento.

Podemos indicar lo siguiente:

- La persona jurídica solo responderá por los actos de tutelados acogidos dentro de la entidad y respecto a los cuales posee la guarda. No responde si el tutelado vive en compañía de unos acogedores.
- En el caso de que el pupilo se halle acogido serán los acogedores los que deberán responder tal como veremos más adelante en este trabajo, ya que viven en compañía del pupilo y ejercen sobre el una auto-

ridad, siquiera delegada. Esto no significa la total falta de responsabilidad de la persona jurídica, ya que esta deberá verificar y vigilar el ejercicio de la guarda, y si no lo hace deberá asumir su responsabilidad.

Indiquemos, para finalizar, que aunque el tutor sea una persona jurídica de derecho público la responsabilidad a exigir será civil y no administrativa. Con mas motivo, en el caso de las Fundaciones Privadas sometidas al control y al Protectorado de entidades públicas.

V.– Las entidades de atención y sus directores como guardadores de hecho.

Hemos visto con anterioridad la intervención como tutoras de las personas jurídicas. Otra forma de protección que las mismas pueden asumir es la de guardadoras de hecho. Ahora bien, esta guarda de hecho se da, en estas entidades, cuando el incapaz se encuentra residiendo y siendo atendido en un centro de las mismas, por lo que la persona que materializa esta guarda de hecho es el Director como máximo responsable del mismo. Debemos indicar que, dado que el director es el máximo responsable del centro donde vive cotidianamente el discapaz, es guardador de hecho en esa cotidianidad y en el campo personal, lo que conlleva para el obligaciones y derechos que deben clarificarse con el fin de evitar conflictos con los familiares del interno, tutores o no.

Esta guarda, que en muchos casos ha terminado transformándose en tutela formal, se deriva de las particulares obligaciones de los responsables de los centros en caso de desamparo del incapaz – por carencia o total desentendimiento de los parientes–. El Director se encuentra en una, casi automática, situación de guardador de hecho, lo que no deja de plantearle problemas por la aformalidad de la misma por lo que muchos prefieren su designación como tutor, no como deber, sino como garantía de la actuación que como guardadores realizan.

Esta guarda se ve afectada por delicados problemas que pueden dificultarla:

- Se ve perturbada por interferencias, a veces continuas y exigentes, de los familiares cuya dejación ha provocado la situación de desamparo, que se creen legitimados a tomar decisiones respecto al incapaz, sin aceptar la intromisión de extraños.
- Al ser el director o la entidad a la que pertenece, el responsable del bienestar residencial del incapaz, se constituye en juez y parte, y carece de verdadera autonomía a la hora de exigir las mejores condiciones para su pupilo, prevaleciendo su condición de gestor de la residencia, sobre los de encargado de la protección del incapaz.
- La mayor parte de las veces es de difícil ejercicio práctico por mucho interés que el nombrado tenga.
- Precisa del auxilio de profesionales y está sujeta a la burocracia del Centro.
- Se ve afectada por los continuos cambios que pueden darse en el personal y la plantilla dirigente del centro residencial.

Por todo ello, nosotros creemos que es conveniente la formalización como tutor o como guardador designado judicialmente de esta situación, si bien no nombrando a la persona física que ocupa el cargo de Director, sino al cargo en sí o a la entidad titular del Centro sin perjuicio de que la misma comisione a la persona del Director para su ejercicio como tutor delegado. Con ello se evitarían los problemas derivados de los ceses y nuevos nombramientos que harían necesario un nuevo nombramiento judicial, que, de la forma que proponemos, no sería preciso.

Una vez nombrados, es conveniente el apoyo a los guardadores en sus conflictos con los familiares – recordemos que si el nombramiento se ha hecho ha sido porque estos no están dispuestos a asumir la tutela o la ejercen de forma incorrecta– para no tener guardadores que asumen toda la responsabilidad del cargo, sin poder ejercer, con tranquilidad y libertad, el cargo para el que han sido nombrados.

En estos casos es preciso un esmerado control judicial y fiscal, para evitar la prevalencia del carácter de gestor, sobre el de protector, revisando directamente, las condiciones de vida del pupilo.

Terminamos diciendo que, para nosotros, en el caso de ser necesaria la actuación del Director del Centro como guardador de hecho, es más operativo el asignar el cargo a la persona jurídica encomendando estas las funciones a personas físicas, sistema que da una mejor protección al tutelado que el nombramiento directo al Director o funcionario. El sistema, además, amplía las posibilidades de dotación tutelar. Seguimos disponiendo de la posibilidad de nombrar tutor al director de un centro – posibilidad que solo alcanza a los internados y en el caso de que el Director o empleado haya llegado con él a un cierto nivel de confianza o relación–, pero, en

otro caso, podemos nombrar también a la persona jurídica titular. Existen además otras formulas que podemos utilizar como la de, conservando el nombramiento como tutor en un familiar, nombrar al Centro administrador de la pensión para el cobro de las tasas y la utilización del remanente en beneficio del incapaz en aquellos casos en que el tutor no cumple con sus obligaciones de administrador de la pensión. Claro que, en muchos de los casos, eso es lo único que supone la gestión tutelar.

Vi.– La responsabilidad del guardador de hecho.

Otro tema de gran interés practico es el del régimen de responsabilidad que contrae el guardador de hecho por los actos realizados en su labor, y más específicamente, por los actos realizados por la persona que tienen bajo su guarda.

Tres aspectos podemos contemplar:

- 1.– Responsabilidad derivada del artículo 229 CC que impone la obligación del guardador de promover la constitución de la tutela, siendo, si no lo hiciera, responsable de la indemnización de los daños y perjuicios causados. La ley no establece un plazo concreto para el cumplimiento de esta obligación, quizás porque es imposible fijarlo. Habrá que estar a las circunstancias de cada caso en concreto, siempre que el guardador actué con la debida diligencia. Hemos de añadir que, de acuerdo con el artículo 757-1º y 2º LEC y de la interpretación doctrinal mayoritaria que considera que nos encontramos ante una relación cerrada, los guardadores de hecho no están legitimados para promover la incapacitación, por lo que, si el guardado no esta incapacitado legalmente, solo podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de la incapacidad, conforme al artículo 757-3º LEC, para eliminar su responsabilidad.
- 2.– Responsabilidad del guardador por hechos realizados en perjuicio del guardado. Creemos que esta seguiría el régimen de la responsabilidad extracontractual establecida en el artículo 1902 CC. En este apartado es importante hacer referencia al juego que nuestro Tribunal Supremo da a la llamada obligación de custodia en la determinación de los daños causados por las personas internadas en los Centros que se constituyen, por ello, en guardadores de hecho de los mismos y que nos sirven de punto de partida para el estudio de la responsabilidad de los guardadores de hecho cuando son centros de internamiento de los discapaces. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha acercado en diversas ocasiones a este tema de forma casi monográfica en lo que se refiere a enfermos mentales y centros psiquiátricos. No obstante, entendemos que la doctrina aplicable a los mismos es aplicable también a los centros asistenciales y educativos de deficientes. Así el alto tribunal ha admitido la responsabilidad extracontractual del Centro, si bien ha exigido que se demuestre por el que lo alega la existencia del daño, el nexo causal con el comportamiento del centro, y la existencia de culpa in vigilando lo que se deduce poniendo en relación el comportamiento concreto con la *lex artis* por lo que si la vigilancia era adecuada a las características y estado del enfermo no cabe hablar de responsabilidad. En este sentido se han manifestado las SsTS de 3 de junio de 1996, 9 de marzo de 1998, o 17 de febrero de 2000.

Indica esta última sentencia:

«Y es que debe ratificarse la tesis de la Sala «a quo», ya que, habida cuenta la transcrita mecánica del suceso, en la que sobresale que, del Centro Psiquiátrico en donde estaba ingresado el fallecido recibiendo terapia ocupacional, se escapa del mismo, tal y como lo había realizado dos veces, y en vez de dirigirse a su casa, como lo había realizado con anterioridad se tira a la ría y se ahoga, de lo que se deriva, que no se puede, dentro de la labor asistencial de todo Centro, como dice el Motivo, sostener se ha cometido por éste un «incumplimiento genérico de vigilancia del enfermo» porque, entonces esa vigilancia –en este caso la llamada vigilancia visual– (sobre esa vigilancia visual ordenada por los facultativos correspondientes, según consta en el Historial Clínico, –a los ff. 90 y ss– muy minucioso, aparece tal orden en los días 6–10. 16–10 y 30–10–87, día de la fuga y suicidio, y asimismo, en los «Facta» de la Sentencia absolutoria del procedimiento penal de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15–3–93, se describe dicha orden diciendo: «la orden de que el enfermo D. Gregorio, debía bajar vestido a Terapia Ocupacional, realizando la transmisión de forma oral y desde el umbral... tal orden fue cumplida por los Auxiliares...»); habría de rebasar los extremos de un normal entendimiento, según la lógica de los hechos, pues, la tesis del Motivo, equivaldría, sin más, que en el supuesto de los enfermos mentales y sin perjuicio de que como el de autos, hubiera ejecutado conductas anteriores alusivas o semejantes a la posterior causante del fatal resultado,

el establecimiento hospitalario albergante, debía imponer, a toda costa y permanentemente, al interesado, personal y exhaustiva vigilancia casi determinante de la privación total y absoluta de libertad del paciente, con lo que ese control completo de todos los movimientos y actos del así vigilado, aparte de que, como mínimo debía auxiliarse con un vigilante/s, adscritos al mismo en toda las horas y quehaceres diarios, a buen seguro, que trasladaría la custodia a un modelo de como lo pudiera ser un seguimiento más propio del «Hortus Clausus» acaecible dentro de un establecimiento penitenciario en donde impera la privación absoluta de libertad. De consiguiente, inexistente la relación de causalidad que denuncia el Motivo, pues, la vigilancia visual y su asistencia a la Terapia Ocupacional adoptada por el Centro en cumplimiento de la Orden médica, no determina la escapada y el suicidio, sino que la voluntad del paciente quebró por completo esa supuesta causalidad.

(...) de forma indubitada se declara no existe nexo causal entre la conducta de vigilancia y atención del Centro Sanitario y sus profesionales con respecto a la actitud que motivó la conducta determinante de la muerte del fallecido, sin que por último, por los elementos que incorpora el motivo, sea posible a la Sala que juzga apreciar si, en efecto las medidas de atención o de prestación de los servicios correspondientes al estado del enfermo pudiera determinar la falta de diligencia adecuada para este cometido...»; módulo de adecuación que habrá de ajustarse a un parámetro de normalidad como al resolverse una contingencia semejante se razonó en Sentencia de esta Sala de 14-4-99: «...sobre dicha cuestión, hay que añadir que la organización sanitaria debe proporcionar en general todos los medios a su alcance para proporcionar una asistencia médico-sanitaria, pero concretando que dichos medios han de estar disponibles de un modo y para un caso, dentro de un parámetro de normalidad, lo que no se puede es exigir utopías en relación a prestaciones de cualquier centro hospitalario, que, en todo caso, estarán determinadas por la finalidad específica del mismo y las limitaciones presupuestarias».

Podemos decir que estas sentencias del campo civil lo que hacen es considerar que si el centro recibe un interno aquejado de una determinada patología en un estado de presunto riesgo o con antecedentes que hagan suponer el mismo (patología o antecedentes suicidas, en estado de crisis, etc.) y no adopta las medidas adecuadas destinadas a evitar el accidente o la fuga (vigilancia y seguridad compatibles con la dignidad del enfermo que garanticen la vida e integridad física tanto de este como de los demás, habitación sin fácil acceso al tejado o con ventanas enrejadas, comunicación al personal que atiende directamente al enfermo de la situación para la adopción de las medidas oportunas, etc.) será responsable civilmente de los perjuicios que se causen al mismo aunque procedan de su actuar basándose en las culpas *in vigilando* o *in eligendo*, sin que pueda alegar la falta de medios para la custodia del enfermo.

3.-Queremos preguntarnos ahora sobre la responsabilidad del guardador por los perjuicios que el guardado pueda causar a terceros, incluso, en aquellos casos, en que la guarda conviva con un órgano de protección legalmente constituido, lo que entendemos que es posible como hemos indicado anteriormente. Nos encontramos ante una cuestión que no es pacífica para la doctrina y que ha sido poco tratada por las resoluciones de los Tribunales. Estrechamente relacionado con la misma se encuentra el alcance de la responsabilidad del padre o tutor cuando el hijo o pupilo no convive con él, ya que es habitual el que el incapaz viva en una residencia o en régimen de acogimiento de mayores por lo que se da una disociación de carácter estable entre titularidad y ejercicio efectivo de la tutela.

El artículo 1903 CC establece la responsabilidad extracontractual de los tutores por los perjuicios causados por los menores e incapaces que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. La doctrina se pregunta si al guardador de hecho le es aplicable el artículo indicado, y si puede trasladarse la responsabilidad del tutor al guardador de hecho cuando es este el que habita en compañía del menor o incapaz. Para contestar a esta cuestión se mantienen dos posturas:

- a.- Una, mayoritaria, que defiende el carácter taxativo del artículo 1903 CC no pudiendo darse ninguna ampliación. Para ella esta norma no es aplicable a los guardadores de hecho, y ello porque dicha interpretación conculcaría la literalidad del precepto, que solo cita a los padres y a los tutores. Así se dice que no cabe una interpretación extensiva de la norma, ya que lo que se crea es un auténtico deber legal, que no existiría si el Código no lo hubiera contemplado expresamente.
- b.- Frente a la postura anterior otros autores, como Diez-Picazo, defienden un carácter extensivo del precepto y creen que lo importante es que exista un nexo de jerarquía y subordinación que permita a uno dar órdenes a otro, lo que en el caso de la guarda se da. No estaríamos ante una aplicación por

analogía, sino extensiva del término tutores que incluiría así, a los tutores de derecho, pero también a los de hecho. Como manifiesta Ruiz-Rico, la expresión tutor del artículo 1903 CC es hoy un cajón de sastre en la que debe incluirse todas las figuras de protección que supongan relaciones de compañía y vigilancia más o menos estable entre aquellos sujetos y sus protectores.

A pesar de este debate, lo que no puede provocar duda ninguna, es que el guardador de hecho debe tener una responsabilidad similar a la del tutor, ya que, en otro caso, la responsabilidad mas atenuada, sería un premio al tutor aformal, lo que no sería lógico, si la ley lo que persigue es la formalización de la tutela. Cabe, por ello, un planteamiento intermedio, ya propuesto por López Beltrán de Heredia, en el que respetando la taxatividad del 1903, se mantiene la responsabilidad del guardador, no por declaración del legislador, sino de acuerdo con el 1902, si el hecho dañoso del guardado se debió a su culpa o negligencia. Otros autores como Santos Briz entienden que los guardadores de hecho han de equipararse a los tutores dado que el defecto de vigilancia crea un riesgo para terceros, suficiente para imponerles la responsabilidad, en defecto de bienes del menor. En igual sentido se manifiestan Morales-Sancho basándolo en la culpa in vigilando y en el incumplimiento de la obligación de constituir la tutela establecida en el artículo 229 CC y que también se impone al guardador de hecho. En este ultimo incumplimiento basa también la posibilidad de hacer responsable, no solo al guardador de hecho, sino a todos los familiares que conocieran las perturbaciones que pudieran dar lugar a la incapacitación, sobre la base de la STS (1ª) de 13 de septiembre de 1984, García-Ripoll Montijano. Choca esta interpretación con la dicción del artículo que se refiere solo a incapacitado por lo que parece exigir la existencia de una sentencia de incapacitación, siendo aplicable solamente al incapacitado cuyo tutor muriera, sin que se instara el nombramiento de otro.

Nosotros nos decantamos por la postura que defiende la posibilidad de hacer responsable al guardador de hecho, ya que creemos que no se puede partir de una exclusión tan radical y ello sin desconocer que la relación de dependencia que puede haber entre un guardador de hecho y un pupilo no es comparable a la que se establece en los casos de patria potestad o tutela, no pudiendo darse la analogía en estos casos. Dicho de otro modo. La aplicación estricta del artículo 1903 CC en los casos de convivencia del incapaz con un tercero debería determinar el correspondiente traspaso de responsabilidad.

A pesar de que nuestro Tribunal Supremo, posee una jurisprudencia contradictoria que nada nos aclara. La tendencia doctrinal amplia está representada jurisprudencialmente por diversas sentencias del mismo que consideran que los casos establecidos en el artículo 1903 son solo enunciativos o *ad exemplum*. Así la STS de 13 de septiembre de 1984 que considera a los guardadores de hecho responsables, relacionando el artículo 1902 y el 229 CC que impone la obligación de *«promover la constitución de la tutela, desde el momento que conocieran el hecho que la motivare, los parientes a ella llamados y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados»*. Otras sentencias basan el carácter expansivo del artículo 1903 CC, sobre la base del artículo 3-1º CC y, en particular, con la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social en la que deben ser aplicadas. Así las SsTS de 4 de mayo de 1984, 23 de septiembre de 1988 y 8 de mayo de 1990, entre otras.

Debemos tener en cuenta que, como indica la STS de 14 de febrero de 1964:

«cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir cumplidamente que, si hubo daño, debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona, por lo que el fundamento de esta responsabilidad es una presunción de culpa in vigilando o in educando, distinto o independiente de la que contrae el autor material, que responde de culpa in operando».

Conde-Pumpido entiende que debe admitirse la responsabilidad del guardador de hecho porque el mismo, al asumir voluntariamente la obligación de custodia, perturba la normal constitución del instrumento jurídico de la guarda legal, con lo cual el cumplimiento del deber de vigilancia debe serle exigido más estrictamente.

Si, como hemos dicho anteriormente, el artículo 1903 CC es una prolongación del 1902 CC, lo importante no es el nombre o la calificación jurídica que se le dé a la persona, sino si esta tiene obligaciones de vigilancia y educación, que por negligencia no cumple correctamente, y como causa de ello se provoca el daño. Esta aplicación del artículo 1903 CC no es una aplicación analógica, sino extensiva ya que de lo que se trata es de ver hasta dónde llega el espíritu del mismo.

No es esta la postura unánime del TS (ver sentencia de 5-3-1997) y, además, ha sido muy criticada por la doctrina.

Siguiendo a Bustos Valdivia podemos establecer un esquema de la responsabilidad del guardador de hecho en los distintos supuestos.

- a.— Si la guarda se encuentra formalmente constituida – bien por resolución judicial de nombramiento de guardador o resolución administrativa de acogimiento– no existe duda alguna de la responsabilidad del guardador.
- b.— Si el guardador de hecho concurre con padres o tutores.— Esto puede ocurrir por dejación o encargo, gratuito u oneroso, de los mismos bien de forma permanente o temporal.

Dado que el artículo 1903 CC exige para establecer la responsabilidad de los padres que los hijos se encuentren bajo su guarda, en los casos en que esto no sea así por existir un guardador formal o convencional, serán estos guardadores los que deberán responder. A pesar de lo dicho, un importante sector doctrinal entiende que aunque entre el guardador y el incapaz existe una relación de dependencia, dicha relación no es de tal entidad que justifique una aplicación analógica del artículo 1903 CC. A sensu contrario si la relación de dependencia fuera de la misma envergadura que la relación mantenida con los padres si existiría responsabilidad. Esto no quiere decir que en el caso anterior el guardador no respondería por los hechos dañosos del guardado, sino que su responsabilidad se basaría en el artículo 1902 y solo si el daño se causo por su culpa o negligencia, ya que en ese caso no existiría la misma en los padres. En el caso de que el guardador realmente culpable del hecho del menor fuera contratado por el padre o tutor este respondería ex artículo 1903–4º CC en su calidad de contratante, pudiendo en ese caso repetir contra el mismo lo pagado.

- c.— Guardador de hecho a falta de patria potestad o tutela.— Es el caso más habitual de guarda de hecho pudiendo encontrarnos ante diversos supuestos:

- Cuando nos encontramos ante un incapacitado por sentencia el guardador esta actuando como un verdadero tutor y le es aplicable el artículo 1903 CC no porque estemos ante una lista abierta, ni por aplicación analógica, sino porque esta figura ya se encuentra dentro de su espíritu. En este caso existe una situación de dependencia similar a la patria potestad y a la tutela. No nos encontramos ante un deber de vigilancia legal, pero de la situación de hecho surge un deber de vigilancia de hecho.

Según un sector doctrinal esta responsabilidad puede basarse también en el incumplimiento del artículo 229 CC que impone al guardador de hecho la obligación de instar la tutela cuando exista un hecho que la motivare. Por ello, si no la promueve responde de forma solidaria con el resto de los obligados. Nosotros creemos que esta responsabilidad solo afectaría a los daños causados al pupilo como consecuencia de la no constitución de la tutela, pero no a los daños causados por este a terceros, ya que la causa de que el guardado cause daños a terceros no se encuentra en la no constitución de la tutela, sino en la falta de vigilancia tratándose de situaciones distintas. Además, esta postura mezcla dos puntos de partida diferentes ya que une la constitución de la tutela, con un supuesto deber de promover la incapacitación que, en realidad, no existe tratándose solo del establecimiento de una legitimación de carácter procesal. Por ello, para los que defienden esta postura, la situación en la que quedan los parientes de un incapaz natural es incomoda y peligrosa con independencia de la existencia de la incapacitación o no. Si lo incapacitan, la interpretación objetiva del Tribunal Supremo los hará responsables de los daños causados por el incapaz, bien como padres o tutores, bien como guardadores de hecho. Si no lo hacen, podrán devenir responsables por no haberlo incapacitado.

- Guarda de un incapaz natural no incapacitado.— Los Tribunales de la jurisdicción penal se han enfrentado, sobre todo en el caso de los enfermos mentales, en muchas ocasiones, a esta cuestión. Y lo han hecho con una actitud tremendamente vacilante, responsabilizando en unos casos al incapaz autor del daño y en otros al guardador de hecho. Nosotros creemos que el guardador de hecho seria responsable por los mismos motivos que hemos indicado anteriormente. La responsabilidad tendría el mismo alcance que la de los padres y tutores. Sería, pues, directa y cuasiobjetiva ya que solo se podrá eximir de ella demostrando que empleo la diligencia debida para prevenir el daño.

La regulación penal si contempla de forma expresa la responsabilidad del guardador de hecho. Lo hace distinguiendo si el enfermo está incapacitado o no.

El primer caso se contempla en los artículos 118 y 120 del Código Penal. El 118 establece la responsabilidad conjunta de los autores y de los padres y tutores. Se da, pues, una responsabilidad personal del autor inimputable y solidaria de los padres y tutores. Por el contrario el 120, establece una responsabilidad subsidiaria de los padres y tutores. Nos encontramos ante una doble regulación carente de fundamento, ya que ambos artículos parecen responder a un mismo problema. Entendemos que, aunque existen diferencias entre

ambos, el artículo 118 CP recoge un supuesto más amplio que el del 120 del mismo cuerpo legal. Así el artículo 118-1º CP se refiere al caso de inimputable, pudiendo estar o no incapacitado civilmente, y alcanzando la responsabilidad de forma conjunta y directa al enfermo y a su guardador, sea de hecho o de derecho. El 120 CP exige la existencia de previa incapacitación civil ya que solo puede estar sometido a patria potestad o tutela el mayor de 18 años que haya sido incapacitado por los Tribunales. En este último caso la dicción del precepto parece excluir como responsable al guardador de hecho.

La Sala 2ª de nuestro Tribunal Supremo se ha acercado en diversas ocasiones a esta materia. Antes de la reforma del Código Penal de 1995 podemos destacar las SsTS de 15 de julio de 1994, 16 de marzo de 1992 y 6 de octubre de 1989 todas ellas mantienen una doctrina concordante. Siguiendo la primera de las sentencias citadas esta doctrina se puede resumir en lo siguiente:

«(...) al ingresar un paciente en el establecimiento psiquiátrico surge un deber legal de custodia sobre la persona del interno con objeto de evitar los males que de su incontrolada conducta pudiera seguirse, siendo así que todo quebrantamiento en la diligencia vigilante, determina la culpa porque la obligación de custodia de los enfermos por los vigilantes del Hospital está fuera de toda duda. La omisión de esa diligencia debida, la omisión de la culpa «in vigilando», constituye «per se» la culpa y la negligencia a la que el art. 20 se refiere.

El art. ha de guardar ahora relación estrecha con el 211 CC ya que al amparo del mismo se propició la decisión del internamiento con objeto de conjurar, como dice el Fiscal, la peligrosidad de algunas personas que padecen graves enfermedades mentales y carecen del dominio sobre sus actos. Así, la resolución judicial que por esta vía decreta el tan repetido internamiento en el establecimiento psiquiátrico hace nacer la relación de parte y la obligación de vigilancia antes dicha».

Con la nueva regulación penal podemos ver la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 3-2-1998 que mantiene una doctrina similar al indicar:

«(...) Es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que al ingresar un paciente en el establecimiento psiquiátrico surge un deber legal de custodia sobre la persona del interno con objeto de evitar los males que de su incontrolada conducta pudieran seguirse, siendo así que todo quebrantamiento en la diligencia vigilante, determina la culpa porque la obligación de custodia de los enfermos por los vigilantes del hospital está fuera de toda duda. La omisión de la culpa «in vigilando», constituye «per se» la culpa y la negligencia a la que se refiere el Código Penal (SsTS de 6 de octubre de 1989, 16 de marzo de 1992 y 15 de julio de 1994).

La aplicación de la regla primera del artículo 118-1 del Código Penal no exige la individualización personal, aún cuando en esta resolución se ha hecho como manifestación de la existencia de actuaciones culposas o negligentes, ya que la responsabilidad civil se genera respecto de la entidad encargada de la guarda no de sus empleados. Y ello porque la custodia está encomendada, no a la persona física, sino al organismo, el cual para ejercer sus funciones se diversifica entre sus muchos componentes individuales. El «conjunto del todo», como sustitución, absorbe la «individualización de uno».

(...) con independencia de que concurre culpa o negligencia del personal sanitario, como argumenta correctamente la sentencia recurrida, debe tenerse en cuenta que existe un grupo normativo referente a la responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria integrado por preceptos recogidos no sólo en el Código Penal sino en el Código Civil y en el Ordenamiento Jurídico Administrativo. La responsabilidad de la Administración Sanitaria es más amplia que la de los particulares, ya que la misma está obligada a indemnizar por el funcionamiento normal o anormal del Servicio Público. La Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid responde en vía patrimonial de forma objetiva. Se trata de un Servicio Público Sanitario cuyo defectuoso funcionamiento, con independencia de la actuación de los profesionales sanitarios, puede originar una responsabilidad directa de la Administración».

Indudablemente, el tipo de responsabilidad exigible es la civil, no la penal, recayendo la misma sobre la titularidad del centro y no sobre sus empleados, ya que estos no son los verdaderos guardadores del presunto incapaz. Como vemos en el campo de las residencias psiquiátricas estas responden de los daños causados a terceros con un grado de diligencia elevado, basado en el especial deber de vigilancia que asumen estos centros no solo en beneficio del incapaz sino de toda la sociedad. El caso de las residencias geriátricas o de educación especial es distinto porque en las mismas pueden residir personas completamente capaces, respecto a los cuales la residencia no asume ningún tipo de guarda con otras sobre las que ejerce una verdadera guarda de hecho. Precisamente, la vigilancia y el tratamiento individualizado es una de las pautas en la gestión de estas residen-

cias, por lo que no les puede pasar desapercibido el deterioro de las facultades cognoscitivas de sus usuarios, por lo que de ser así se enfrentarían a su responsabilidad.

En general, la jurisprudencia es más reacia a la hora de admitir el traspaso a una entidad privada de la responsabilidad de una entidad pública. Esto se da en el caso de los entes concertados con la misma para ofrecer servicios residenciales. La mayor solvencia de la Administración Pública y el nuevo régimen patrimonial de la Administración lleva a esta postura. Además en los convenios y conciertos la Administración se reserva un control sobre la entidad concertada que hace que no se pueda hablar de traspaso de responsabilidad.

Habrà que valorarse en cada caso concreto, la posible participación de varias personas – tutor y guardador de hecho, por ejemplo– en la producción de los daños y, por tanto, la existencia de una concurrencia de culpas, entre ambos mecanismos de guarda, si bien la valoración del alcance de la misma deberá realizarse caso por caso.

En el caso del acogimiento familiar sería conveniente que se contraten seguros con cargo al propio acogido, ya que la responsabilidad pasaría al acogedor que es el que realmente convive con el discapaz, como hemos visto.

VII.– Por un registro central de incapacitaciones^{25*}.

La actual regulación de las incapacidades y tutelas establece la obligación, en aras de la seguridad jurídica, de que se inscriban en el Registro Civil la resolución judicial que decreta la incapacidad y la que determina el nombramiento de organismo tutelar.

^{25*} Esta petición que hacíamos entonces se ha hecho realidad por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad que indica:

«Artículo Primero. Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil

Se modifican los arts. 18, 38 y 39 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, a la que se añaden los arts. 46 bis y 46 ter.

Uno. El art. 18 queda redactado de la forma siguiente:

(...)

Asimismo se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales, bajo la denominación de «Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos».

Dos. El art. 38 queda redactado de la forma siguiente:

A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:

(...)

6º La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.

7º Y aquellos otros hechos cuya anotación permitan la Ley o el Reglamento.

En ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción.

(...)

Cuatro. Se añade un nuevo art. 46 bis con la siguiente redacción:

Los encargados de los Registros Civiles Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales de la Sección I sobre las modificaciones judiciales de capacidad, así como las inscripciones de la Sección IV sobre constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, documentos públicos de autotutela, y las de constitución de patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Civil Central para su extensión en el «Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos».

Las inscripciones a que se refiere el párrafo precedente se practicarán en virtud de comunicación remitida de oficio, junto con testimonio bastante de la resolución recaída, por el Juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien mediante testimonio bastante de la escritura de constitución del patrimonio protegido o de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos que el juez o el notario autorizante deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado del Registro Civil competente, que lo será, respecto de las inscripciones que se hayan de practicar en la Sección IV, el del domicilio del incapacitado o beneficiario del patrimonio protegido.

Cinco. Se añade un nuevo art. 46 ter con la siguiente redacción:

En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante».

Así lo establece el artículo 755 LEC, el apartado 1º del artículo 218 CC, artículo que, en su párrafo 2º, establece que las resoluciones indicadas no serán oponibles a terceros en tanto no sean debidamente inscritas. La obligación de proceder a la inscripción la posee de oficio la autoridad judicial que ha nombrado el cargo tutelar, estableciendo el artículo 219 CC que debe hacerse «sin dilación» lo que refleja la importancia que la ley da a dicha obligación.

Para ello el artículo 5 de la Ley del Registro Civil de 1957 establece la existencia de un Registro de Tutelas lo que en realidad supone una sección (la cuarta) del Registro Civil ordinario existente en el domicilio del pupilo, tal como disponen los artículos 88 y 89 de la Ley. Los artículos 287 y siguientes del Reglamento del Registro Civil establece las formalidades que debe tener la inscripción y la obligación de hacer constar por anotación diversos aspectos de la vida de la tutela (fianza, inventario, etc...) en las que no vamos a entrar.

Como ya hemos indicado, todo este sistema registral va dirigido a facilitar el conocimiento de los terceros de la situación del incapacitado para que el mismo pueda, con las suficientes garantías, intervenir en la vida jurídica ordinaria. No obstante, el actual ritmo de vida hace que el hecho de que la inscripción se haga en el domicilio del incapaz en el momento de constituirse la tutela, o en el lugar de su nacimiento a través de su anotación en la partida literal del mismo dificulta esta seguridad.

Por ello, entendemos que no estaría de más la centralización en la Dirección de los Registros y el Notariado (al igual que ocurre, por ejemplo, con el Registro de Últimas Voluntades) de un Registro en el que se inscriban todas las sentencias de incapacitación con el alcance de las mismas y la persona que esta nombrada para el órgano protector correspondiente. Entendemos que esta centralización facilitara la seguridad de la contratación con incapaces contribuyendo a su incorporación a la vida jurídica en condiciones de igualdad con las personas totalmente capaces, lo que es uno de los fines últimos de la institución protectora que supone la incapacitación.

7.– ASPECTOS DE INTERÉS INTRODUCIDOS POR LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL
DEL DISCAPACITADO Y LA LEY SOBRE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

7.—ASPECTOS DE INTERÉS INTRODUCIDOS POR LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DEL DISCAPACITADO Y LA LEY SOBRE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

I.— Presentación

La celebración de este Seminario se enmarca en un ilusionado proyecto que, desde hace algún tiempo, se lleva a cabo por iniciativa de un grupo de fiscales de las secciones de protección a las personas con discapacidad de diversos puntos de España. Si miramos hacia atrás podemos ver como esta materia (junto con la protección de menores) supone, pese a no estar reconocida estatutariamente como tal, la especialidad decana del Ministerio Fiscal, pues surgió al calor de la reforma legislativa de la tutela del año 1983. Pero es que, además, es una especialidad que tiene un importante futuro que nos afecta a todos. La nueva conceptualización de la discapacidad, el aumento de la esperanza de vida y la profundización en el estado social de derecho reconocido en nuestra Constitución, hace que la parcela de protección de los discapacitados vaya aumentando, cualitativa y cuantitativamente, en la labor del Ministerio Fiscal. Por ello, creemos conveniente la formación de las nuevas generaciones y la reflexión y puesta en común de las experiencias de los «*veteranos*» de la especialidad y, en este camino, estas reuniones son un instrumento de indudable valor que debemos cuidar y promover.

Como ya indicábamos hace algún tiempo, lo que caracteriza al Ministerio Fiscal español es su configuración como órgano protector de los derechos fundamentales y de los sectores más desprotegidos de la sociedad. A partir de ahí surge su intervención en los distintos campos por lo que tan propia del Fiscal es la materia penal, como la relativa, por ejemplo, a la protección de los discapaces. No estamos ante una materia «*de segunda*» como a veces parece, dada la actitud de las «*costumbres inveteradas*» de las Fiscalías con respecto a ella, sino ante uno de los «*buques insignias*» de las Fiscalías en su relación con la sociedad, con el ciudadano de a pie. Tengamos en cuenta, además, que el mundo de la discapacidad es un mundo cada vez más amplio, debido sobre todo al aumento de la esperanza de vida, y que el interés social por el mismo es cada vez mayor.

El Ministerio Fiscal no puede desconocer esta realidad cuando se plantea su organización y sus prioridades.

A todo lo indicado se une el hecho de que la protección de los discapacitados posee una idiosincrasia especial que aumenta la necesidad de la especialización y de valoración de actividades no propiamente procesales. Así la especial relación que debe tenerse con los familiares, profesionales (del derecho, de la medicina, del trabajo social, etc.), o con las instituciones públicas consume un tiempo de despacho que es ineludible abordar como tiempo real de trabajo a todos los efectos.

La inexistencia de una regulación legal totalmente cerrada como se da en otras materias y la necesidad de solucionar problemas humanos de gran calado hace que deban adoptarse soluciones muchas veces arriesgadas e imaginativas que exigen, no solo un profundo conocimiento de los instrumentos legales a utilizar, sino también de los mecanismos sociales de protección y de las distintas competencias institucionales en estas materias, lo que solo desde una cierta especialización se puede obtener. Todo adobado con el hecho de que la existencia de regulaciones autonómicas específicas puede dar lugar a una dispersión de las soluciones que, desde el Ministerio Fiscal, se defienden lo que atenta contra la seguridad jurídica y la unidad de actuación. Solo la existencia de mecanismos de coordinación y puesta en común de las soluciones jurídicas puede evitar esta tendencia centrífuga que disperse, atentando a los principios de igualdad y de seguridad jurídica, la labor del Ministerio Fiscal en todo el territorio nacional.

Centrándonos ya en la materia de esta ponencia debemos decir que, en el mundo de la discapacidad — sea esta física, sensorial o psíquica— se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte.

La institución jurídica de la incapacitación y el ejercicio de los mecanismos de protección derivados de la misma son la aportación jurídica a la supresión de barreras. Son, una y otros, la prótesis que nos va a permitir andar cuando hemos perdido una pierna. La incapacitación no es una «muerte civil», ni una forma de controlar, como invisibles correas o rejas, al discapaz. Como ya sabemos, es una forma de protegerlo y de permitirle intervenir en la vida jurídica como si no existiera la discapacidad a través de sus tutores, curadores o padres. Se trata de ayudar al discapaz de la forma más conveniente y útil para que como persona pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. La incapacitación es la llave que abre las cadenas, la prótesis o la muleta que nos permite andar, la ayuda que necesitamos para proteger a nuestro familiar.

En este marco de protección se ubican las dos leyes que vamos a comentar: la 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Como indica la exposición de motivos de esta última ley:

«El concepto de accesibilidad, por su parte, está en su origen muy unido al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente», que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación.»

Se refleja así, la intención del legislador de basar la actuación sobre la discapacidad en dos pilares fundamentales: la igualdad real y la inserción social de las personas con discapacidad. Y en ese proyecto la labor del Ministerio Fiscal está claramente definida como uno de los instrumentos básicos de actuación.

Con este trabajo no pretendemos aportar ninguna teoría estática, sino, facilitar un material teórico que nos sirva de marco de reflexión y de debate para que, como profesionales de la justicia, podamos extraer, en beneficio del discapacitado, toda la potencialidad que las nuevas leyes nos permitan utilizar. Así, tratamos de estudiar las novedades introducidas por la ley de protección patrimonial del discapacitado, ley que contempla una reforma de gran calado en la materia y que condicionara, sin duda, la labor de las secciones de discapacitados de las Fiscalías. No vamos a desmenuzar toda la ley, sino solo aquellos aspectos que pueden afectar directamente a la intervención del ministerio público. Por ello, nos ceñiremos a la materia civil general y civil no sucesoria, prescindiendo de la materia de sucesiones y de carácter tributario. Añadamos que el estudio de los efectos de esta ley se encuentra en mantillas, por lo que, todo lo indicado aquí, debe entenderse como un acercamiento provisional a la misma dado el parco rodaje práctico de la misma.

II.— ASPECTOS GENERALES Y CIVILES NO SUCESORIOS DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.— Breve aproximación a la génesis y justificación de la ley

Durante mucho tiempo los profesionales que trabajamos en el campo jurídico relativo al mundo de la discapacidad hemos contemplado las inquietudes y los anhelos de los familiares directos de los discapacitados y de ellos mismos y, en muchas ocasiones, nos hemos visto encorsetados en las soluciones a aportar por las construcciones legales que no contemplaban soluciones propias en el campo de la discapacidad, muchas veces, necesarias para dar respuesta al problema planteado. Estas necesidades, que podemos centrar en la pregunta «¿Que será de mi hijo cuando yo falte?» eran detectadas principalmente en el campo del Notariado, sector en el que nació una necesidad, compartida por el resto de los sectores implicados que ha terminado con la promulgación de esta ley que, si bien no contiene todas las aspiraciones planteadas, si mejora sustancialmente el trato dado por el derecho privado a la persona discapaz.

Para ello ha hecho falta la iniciativa de la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado, recogida por la CERMI, y trasladada a los partidos políticos que la han apoyado por unanimidad en el 2003, Año Europeo de la Discapacidad.

Se enmarca la nueva regulación en el artículo 49 de la Constitución y trata de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes.

La actual situación de la discapacidad (con una mayor supervivencia de los discapaces y el aumento de los casos de senilidad por el crecimiento de la esperanza de vida) impone que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse. Por ello la Ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos jurídicos de protección de la personas con discapacidad, centrados en el aspecto patrimonial, en el convencimiento de que la existencia de medios económicos suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos, es uno de los aspectos fundamentales de su bienestar personal, clave de toda la regulación jurídica sobre la materia. La ley supone, además, la primera vez que se introduce el concepto de discapacidad, psíquica o física, en el campo del Derecho Privado.

Como indica García Calvente, *«el fortalecimiento de la situación económica del discapacitado es uno de los factores que puede contribuir a suavizar la intranquilidad de las familias en estos casos. El mecanismo de la incapacitación judicial no es siempre la respuesta adecuada a situaciones en las que la minusvalía se produce de forma progresiva, y estas circunstancias son cada vez más frecuentes por el evidente envejecimiento de los países desarrollados. El papel asistencial que la familia ha desempeñado de forma tradicional es cada vez menos fácil de cumplir, y el coste social que ello supone para la Administración es demasiado elevado. Por todos estos motivos, la trascendencia de la norma que comentamos es muy importante, y se incardina además en una corriente muy extendida en los últimos tiempos en los países de nuestro entorno. Con ella se busca la participación de los particulares en el satisfacción del principio rector contenido en el artículo 49 de la Constitución Española, de tal forma que coadyuven a los poderes públicos para su consecución.»*

A pesar de la desvinculación de la institución de la incapacitación que luego veremos, la ley posee artículos aplicables a todos los discapacitados estén incapacitados legal o naturalmente o no (la mayor parte de los mismos), artículos que solo puede aplicarse al incapacitado legalmente (nuevos artículos 782, 808 y 813 del Código Civil que matizan la legítima en estos casos), e incluso a todos los ciudadanos (nuevo artículo 831 CC, concesión de la facultad de distribución de la herencia al cónyuge del causante).

Debemos tener en cuenta que el párrafo 2 del artículo 1 LPAPAD establece que lo dispuesto en la misma tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular la incapacitación en el Código Civil.

Como critica podemos estar de acuerdo con Marín Calero en que esta ley no es una ley integral ni una ley de referencia prioritaria para todo el resto de nuestra legislación. Esto provoca que la concordancia con otros aspectos que se encuentran ya regulados sea difícil, en ocasiones, y que los avanzados criterios que pueden deducirse de ella no sean sin más generalizables a toda la demás normativa, a no ser que los juristas hagamos una interpretación progresiva y acorde con la realidad social del mundo de la discapacidad.

Indica este autor algo más grave. Y es que esta ley, lejos de seguir la estela de progreso en otros sectores del derecho y de la conciencia social, vuelve a partir de la base de que los discapacitados psíquicos deben, sí, recibir bienes, ser amparados y rodeados de comodidades y reservas económicas, pero quedando absolutamente al margen de su administración, uso y gasto cotidiano, al menos en lo que al Derecho respecta. Esto, para dicho autor, unido a que se ha realizado una importante reforma que aleja la posibilidad de nuevas modificaciones a corto plazo, supone un alejamiento de la meta y, por ello, un retroceso.

2.- Concepto de patrimonio protegido y generalidades sobre su control.

La nueva ley introduce el término discapacidad en el Código Civil, como término relacionado pero distinto del tradicional concepto de incapacidad, lo que puede suponer un avance con más trascendencia de la que parece tener a primera vista. Se deslinda, de esta forma, la protección del discapacitado del instituto jurídico-privado de la incapacitación.

Se ha criticado a esta ley que no está pensada para todos los discapacitados, sino solo para aquellos que poseen bienes suficientes como para tener un patrimonio protegido. Esto, sin duda, es cierto. La ley no protege totalmente a los más desfavorecidos, por eso debe ampliarse la misma introduciendo mecanismos para que esas personas cuyos entornos no pueden aportar un patrimonio, ni tienen tampoco a nadie que lo aporte, tengan las mismas oportunidades. Mientras esto no sea así, la ley habrá quedado a medio camino. Esto puede hacerse a través de ayudas directas, desde el gasto público y no desde el ingreso, a los discapacitados más desfavorecidos y con la creación de una buena red de apoyos sociales subvencionados por el Estado. El legislador ha procurado evitar esta situación discriminatoria estableciendo la asunción de la tutela automática de las entidades públicas de protección de incapacitados cuando éstos se encuentren en situación de desamparo o cuando carezcan de tutor.

En cuanto al patrimonio protegido tiene su origen en una figura típica del derecho anglosajón el llamado *trust for the disabled*. A través del mismo, quienes desean beneficiar a un sujeto afectado por una causa de discapacidad, o los sujetos plenamente capaces que quieren tomar medidas en previsión de su propia discapacidad, transmiten mediante un acto mortis causa o inter vivos la propiedad de determinados bienes a una persona física o jurídica que se obliga a administrarlos y gestionarlos. Aunque el administrador es el propietario de los bienes integrantes del fondo, el ejercicio de su derecho se encuentra limitado por la satisfacción de las necesidades del discapacitado para cuya protección se constituyó el trust.

La flexibilidad de este instituto supone para los familiares un instrumento de planificación patrimonial muy importante y, aunque posee importantes diferencias con nuestro patrimonio protegido, en ambos casos se crea una masa patrimonial carente de personalidad jurídica y con una administración especial.

Son características principales de los patrimonios protegidos siguiendo a Marín Calero:

A.– la no exigencia de incapacitación judicial.– Supone la introducción por primera vez en nuestro Derecho Privado del concepto de discapacidad, partiéndose de la base real de que la mayor parte de las personas que deberían estar incapacitadas no lo están, ni lo estarán nunca. Se admite la realidad y, buscando la protección del discapacitado, se desvincula esta de la declaración legal de incapacidad.

El funcionamiento del patrimonio protegido no requiere de la previa ni posterior incapacitación judicial del discapacitado, reconociendo y amparando incluso la situación, muy importante en la realidad, de que el discapacitado psíquico se encuentre bajo la mera y simple guarda de hecho.

A pesar de lo indicado, no desaparece la conveniencia de incapacitar judicialmente a los discapacitados que lo precisen. Y ello no solo porque pueden poseer bienes en su patrimonio ordinario que precisen de un representante distinto al administrador del patrimonio (tutor o curador), sino, además, la actitud general de la ley con respecto de los Patrimonios Protegidos no lo es tanto respecto de los derechos hereditarios del discapacitado, cuyo mejor tratamiento si nos va a exigir la existencia de dicha incapacitación judicial. No olvidemos que, la mayor transferencia de patrimonio de los padres a sus hijos discapacitados se sigue haciendo por vía de herencia, y la no incapacitación privará a los discapacitados de algunos derechos y situaciones ventajosas posibles.

B.– Falta de personalidad jurídica de los patrimonios protegidos.– El legislador ha optado por no reconocer personalidad jurídica propia a los patrimonios protegidos, lo que puede dar lugar a diversos problemas ya que estos van a necesitar un buen soporte organizativo. Para evitar estos problemas, los constituyentes deberán establecer las previsiones adecuadas en el momento de la constitución del patrimonio.

C.– Patrimonio separado por el fin o destino.– El patrimonio protegido debe responder a unos fines específicos, que son los que determinan su tratamiento especial. El objeto inmediato de la Ley es la regulación de una masa patrimonial que quede vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, el llamado patrimonio protegido, al que se le da un especial tratamiento jurídico y fiscal.

Ahora bien, dentro de este fin genérico no existe inconveniente en que el patrimonio protegido tenga un fin más concreto que se acerque mejor a las necesidades del beneficiario o a los legítimos deseos y propósitos del constituyente o aportante. Así, el constituyente podrá crear un patrimonio protegido, por ejemplo, para sufragar una vivienda tutelada o la puesta en marcha de un negocio, etcétera. Igual puede decirse del aportante posterior que puede destinarse a la finalidad que este desee.

La finalidad que se establezca para el patrimonio protegido vinculará al órgano de administración y creo debe tomarse como importante referencia en la tarea propia de los órganos de supervisión e incluso de la autoridad judicial, cuando, según la ley, deba intervenir.

Se discute por la doctrina ante qué tipo de patrimonio nos encontramos. No hay duda de que nos hallamos ante lo que llamamos un patrimonio de destino – en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares–. Ahora bien, el problema está en su calificación como patrimonio separado. Para un sector, no podemos considerarlo verdadero patrimonio separado ya que el mero sometimiento a un régimen especial de administración y disposición no basta para configurarlo como tal. Además, no estamos ante un patrimonio totalmente aislado del resto, ya que esta afecto a la responsabilidad universal del beneficiario al igual que el resto de sus bienes.

Hemos de indicar que el problema se encuentra en la especialidad de este patrimonio y en su incardinación en los conceptos clásicos de patrimonio separado y de destino. La doctrina civilística tradicional parte, como todos sabemos, de la personalidad del concepto de patrimonio, basada en la premisa una persona, un patrimonio. Los patrimonios separados o de destino son excepciones a esta regla porque permiten la existencia de más de un patrimonio correspondiente a un solo titular, o de patrimonios sin titularidad, unidos por el fin o destino, fundamentalmente, de terminar fundiéndose en el patrimonio de una persona por ahora indeterminada.

Ya Castán reflejaba en su, nunca suficientemente alabado Derecho Civil, la existencia de una importante polémica doctrinal sobre que debe entenderse por patrimonio separado. Así, si seguimos la opinión de Ferrara de considerar como patrimonio separado aquel que posee deudas propias y distintas del patrimonio personal principal, y que no responde de las deudas de este (lo que podemos calificar como una separación en la responsabilidad) el patrimonio protegido no sería un patrimonio separado como ya hemos manifestado anteriormente. Otros autores, por el contrario, no comparten este criterio. O'Callaghan considera que patrimonio separado es una parte del patrimonio de una persona que es tratada por el derecho, para ciertos efectos como independiente del resto.

Se considera como notas características de los patrimonios separados:

- Una independencia del núcleo patrimonial de que se trate, sin que surja una personalidad nueva. Esto supone la posibilidad de existencia de relaciones jurídicas (créditos y deudas) entre este patrimonio y el principal de su titular.
- Origen legal de esa autonomía o independencia. Esto supone que solo el Derecho objetivo, para proteger determinados fines e intereses, puede establecer este régimen, sin que pueda constituirse el mismo por la mera voluntad de la persona.

Ahora bien, los efectos de estos patrimonios no son siempre los mismos. Unas veces lo son porque tienen un especial régimen de administración con unas facultades mas amplias que las de este; otras lo que separa al patrimonio es el destino al que va dirigido, siendo de esta forma el llamado patrimonio de destino una subespecie del patrimonio separado; por último, puede ser separado por la diferenciación con el patrimonio personal en cuanto al alcance de la responsabilidad personal por deudas se refiere.

Por ello, el que la LPAPAD no establezca un régimen especial de responsabilidad no puede excluir que exista patrimonio separado. Dado el silencio de la LPAPAD, el patrimonio protegido no va a quedar sujeto a un régimen especial de responsabilidad separada o diferente de la que afecta al resto del patrimonio del beneficiario. Esto significa que las deudas generadas en el ámbito del patrimonio separado podrán hacerse efectivas no sólo contra éste sino también procediendo contra todos los bienes del discapacitado y viceversa.

Como indica Pereña Vicente, una cosa es que estemos ante un patrimonio separado y otra que no exista comunicación de responsabilidades entre los diferentes patrimonios. Respecto a la primera cuestión, entendemos que la voluntad del legislador es la de crearlo dándose la separación para sujetar el patrimonio protegido a un régimen especial de administración y control, régimen especial de administración que es suficiente para la configuración del mismo.

La no comunicación de responsabilidad por deudas no es, por tanto, esencial para que exista patrimonio separado, porque existe patrimonio separado aunque la separación no llegue a ser absoluta. Para que existiese separación de responsabilidades debería ocurrir que la Ley lo estableciese expresamente o bien que dotase de personalidad jurídica al patrimonio protegido. Ninguna de estas dos premisas se cumple por lo que, entendemos, existirá comunicación de las responsabilidades, por aplicación del artículo 1911 CC.

Así, el patrimonio que se constituya al amparo de esta Ley no tiene personalidad jurídica propia, y supone crear una masa patrimonial que se aísla o se separa del resto del patrimonio del beneficiario, sometiéndolo a un régimen jurídico diferente. En todo caso, la especial vinculación de ese nuevo patrimonio surge porque va dirigido a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad.

De igual forma, si tomamos el concepto clásico de patrimonio de destino podríamos llegar a conclusiones diferentes. Este era definido por De Castro como un patrimonio de tipo excepcional desligado de la relación de dependencia de un titular presente y que se encuentra unido por estar adscrito a un fin determinado como puede ser el destino de un futuro titular o la liquidación del patrimonio. Serían patrimonios en administración y tendrían como nota característica la provisionalidad.

Si tomamos al pie de la letra este concepto, tampoco estaríamos ante un ortodoxo patrimonio de destino, porque el patrimonio protegido posee un titular actual claramente determinado y, además, no podemos considerar la provisionalidad como nota característica del mismo.

Creo que estaríamos ante un patrimonio separado por su especial régimen de administración y por el fin al que se dirigen los bienes de forma preferente (decimos esto porque todo el patrimonio de una persona va dirigido a satisfacer los intereses de la misma).

En principio, tampoco parece que exista inconveniente en que una persona sea titular de varios patrimonios protegidos, precisamente porque estamos ante patrimonios separados. Además, si la base está en la finalidad y en el especial régimen de administración, y esta es distinta en varios grupos de bienes estaríamos ante varios patrimonios separados. Igualmente, entendemos que sería posible la constitución de un patrimonio protegido dirigido a la satisfacción de una necesidad vital (vivienda, por ejemplo) concreta y que conviva con otros que cubran otras necesidades vitales. Esta concepción podría servir como fórmula de participación del discapaz en la administración como mecanismo de integración. Así podrían crearse dos patrimonios protegidos con administraciones diferentes. En uno se incluirían los bienes raíces y productivos necesarios para la vida ordinaria del discapaz y sus grandes gastos nombrándose administrador a un tercero. En el otro se establecería un flujo de dinero liquido, semanal o mensual, procedente del anterior (ya que entiendo podría ser la titularidad de dicho crédito el elemento del patrimonio protegido) o de otra fuente, y se nombraría administrador al discapaz con capacidad suficiente en el sentido que luego veremos.

En contra de la posibilidad de varios patrimonios protegidos se podría alegar que la existencia de varios administradores con distintos regímenes de administración podría provocar disfunciones importantes en la finalidad última que es el bienestar económico del discapaz. En esos casos, el Fiscal, como supervisor del patrimonio protegido, podría perfectamente solicitar al Juez la unificación de dichas reglas o administrador por la vía del artículo 7-1º de la Ley.

Si en realidad el patrimonio protegido no se exceptúa de la responsabilidad universal del discapaz debemos preguntarnos porque se denomina protegido. Esto es un residuo de los primeros borradores de la ley que si creaban esta excepción y que ha pervivido a la tramitación parlamentaria. Con el fin de salvar esta contradicción, Rivera Álvarez considera que este patrimonio se encuentra especialmente protegido por dos motivos:

- El especial tratamiento fiscal que tiene el mismo.
- El hecho de que su administración esta supervisada por el Ministerio Fiscal, lo que tiene una especial importancia para el mantenimiento de la productividad del mismo y el adecuado destino a las necesidades de la persona con discapacidad.

Observamos así lo importante que, en estos patrimonios, es el del control para que los mismos sean correctamente gestionados y que su uso no se aleje de la finalidad para la que han sido creados por la ley y para la que se les concede una serie de ventajas. Los mecanismos de control de estos patrimonios (sin perjuicio de los que pueda establecer la persona constituyente en la escritura de constitución), y debido a la tutela de autoridad que se configura en nuestro ordenamiento jurídico, se ubican, en un primer nivel en el Ministerio Fiscal y, en un segundo nivel, en el Juez, en aquellos casos en que se solicita su intervención bien por el Fiscal, bien por el particular interesado. Y ello porque, tal como se entendió en las I Jornadas de Fiscales de Discapacidades y Tutelas celebradas en Madrid en Junio de 2004, la imposición a los particulares de acudir al Fiscal para resolver las cuestiones derivadas del patrimonio protegido y la imposibilidad de recurso ante su decisión de no instancia del procedimiento judicial conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 de nuestra Constitución.

La especial importancia que se da en esta materia al Ministerio Publico, sin dejar de ser una forma de reconocimiento del gran papel de este órgano constitucional en la protección de las personas con discapacidad, no deja de plantear problemas derivados de la falta de medios materiales y personales del Ministerio Fiscal y de la dificultad, derivada de la organización interna de la institución, de una verdadera especialización por parte de los funcionarios que tendrían encomendada esta misión. Es preciso, por ello, el incidir en la necesidad de una política dirigida a la formación de especialistas y a la constitución en las Fiscalías de secciones con dotación suficiente para que no se transforme el control en una mera declaración de principios sin ninguna virtualidad practica.

Así se entendió por el Grupo Parlamentario Socialista a través de las intervenciones de Diego López Garrido recogidas en las actas del Congreso de fecha 16 de septiembre de 2003 y 6 de noviembre del mismo año, al manifestar que

«También hay que decir que en esta ley se da una importancia grande al ministerio fiscal, que la tiene, pero no es menos cierto que para que pueda arrostrar todas las responsabilidades que se le dan tiene que tener más capacidades y medios, y en esta ley no se dice que haya un aumento de plantillas y medios. Por tanto, no es fácil que puedan llevar a cabo todas las tareas que se quiere que tenga el ministerio fiscal».

Como consecuencia de ello, este Grupo presentó una enmienda que pedía la introducción de una Disposición Adicional Segunda interesando que se dote al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las funciones de supervisión del patrimonio protegido, de medios personales y materiales, con el fin de evitar la habitual tendencia de incrementar las funciones del mismo sin aumentar su base potencial. Esta enmienda fue rechazada por la mayoría lo que, unido a que la memoria de la ley consideraba nulo el gasto público necesario para ponerla en marcha, nos demuestra la nula intención de llevar a cabo dicho aumento. Esperemos que esa nula intención haya cambiado en el transcurso de estos últimos tiempos y que esta realidad se tenga en cuenta en las nuevas dotaciones de plazas y en los repartos de trabajo de las distintas Fiscalías.

3.– Beneficiarios del patrimonio protegido

Beneficiarios del patrimonio protegido pueden serlo, de forma exclusiva, la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular y que debe ser una persona con discapacidad, física o psíquica, con un determinado grado mínimo de minusvalía y, en el caso de la discapacidad psíquica, con o sin declaración judicial de incapacidad, extremo este que ha sido considerado el principal merito de la ley.

Así lo establece el artículo 2 de la Ley que indica que de este patrimonio puede beneficiarse:

- a) Las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento.
- b) Las personas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme en el ámbito de la regulación social. Podemos preguntarnos si dentro de esta sentencia puede incluirse la sentencia civil de incapacidad. Pereña Vicente entiende que la desvinculación entre la incapacitación y la discapacidad, provoca que la sentencia de incapacitación no sea el medio adecuado de acreditación de la discapacidad a efectos de la constitución de un patrimonio protegido. Pero puede ocurrir que en el procedimiento de incapacitación haya quedado probado y así lo estime el Juez, que además de concurrir una causa de incapacitación ésta supone una discapacidad igual o superior al 33 ó 65 por ciento según sea física o psíquica. En éste caso, entiende que podría bastar con la sentencia de incapacitación.

Frente a esta opinión nosotros entendemos que, aún siendo cierto que no es preciso que la persona se halle incapacitada judicialmente de acuerdo con el artículo 199 CC, ni siquiera que se encuentre dentro de los supuestos del artículo 200 CC, no es esperable que una persona judicialmente incapacitada por causas psíquicas padezca una minusvalía, desde el punto de vista de la calificación administrativa, menor al treinta y tres por ciento. La realidad lo que reflejara será lo contrario. Es decir, casos de discapacitados incluidos dentro de la ley que no serán susceptibles de incapacitación judicial por no tener limitadas sus facultades de autogobierno.

Algunos autores han sido muy críticos con el hecho de que se puedan determinar los sujetos a los que le es aplicable esta ley por una mera resolución administrativa, al entender que se concede a la Administración la facultad de, al valorar la minusvalía, introducir a la persona en el campo de aplicación de este patrimonio, sustrayendo a la jurisdicción civil una competencia que tiene reconocida legalmente, máxime cuando la LPA-PAD se remite para esta determinación administrativa a lo que se disponga en el futuro Reglamento. Nosotros no compartimos esta apreciación que olvida que la ley habla de discapacitado y no de incapacitado y que estos son conceptos distintos, buscando proteger a todos aquellos que parten de una situación de desigualdad en su desenvolvimiento social y laboral. Y ello, sin perjuicio, de que todo incapacitado judicialmente podrá ser beneficiario de este patrimonio. Tampoco creemos que la remisión al Reglamento reste garantías a la determinación de los sujetos, ya que las líneas generales para la determinación de los mismos se encuentran establecidas en la ley, y el Reglamento lo que en realidad va a determinar son los criterios a tener en cuenta para cuantificar la discapacidad y el grado de la misma, lo que, por otro lado, se encuentra estandarizado internacionalmente en sus líneas fundamentales. El procedimiento actualmente existente para dicha valoración, de carácter administrativo, se basa en dictámenes técnicos sin que intervenga el Juez en ningún momento del procedimiento, aunque las resoluciones en las que se reconozca el grado de discapacidad podrán ser recurridas, primero en vía administrativa y, posteriormente, en vía judicial si bien en la jurisdicción social y no en la civil.

Lo que está claro que puede concluirse es que la discapacidad derivada de esos grados concretos de minusvalía es independiente de que pudiera determinar o no una causa de incapacitación judicial contemplada en el artículo 200 del Código Civil, e, incluso, que, concurriendo esa posible causa de incapacidad, haya sido o no incapacitado judicialmente la persona en quien concurra.

Por tanto, la protección que se trata de brindar mediante la Ley se extiende más allá de la incapacitación. E incluso, para algunos autores, la existencia de este patrimonio protegido disminuirá los casos en que se acudirá a la incapacitación para buscar la protección del discapacitado, limitándose la misma a la creación de un patrimonio protegido, administrado por un tercero cuando carezca de capacidad de obrar suficiente el beneficiario. Tengamos en cuenta que el administrador, según dispone el artículo 5-7º LPAPAD, tiene la condición de representante legal del discapacitado en lo que respecta a los bienes que forman parte del patrimonio protegido, aunque el titular del mismo no esté incapacitado. De esta forma, la ley reconoce y ampara la situación más usual en la práctica, de que el discapacitado psíquico se encuentre bajo la mera y simple guarda de hecho, puesto que, si existe patrimonio protegido, no existirá duda de la posibilidad legal de que alguien pueda representar al discapacitado sin capacidad suficiente, a pesar de no encontrarse incapacitado legalmente, solucionándose muchos de los problemas que hoy se presentan y transformando en innecesario, a estos efectos, el acudir al procedimiento de incapacitación. Todos sabemos que las familias se plantean la necesidad de incapacitar a su pariente cuando surge la necesidad de vender un bien del mismo. Si la satisfacción de esta necesidad no precisa de la incapacitación el número de incapacitaciones disminuirá. Y todo ello, sin perjuicio, de que la constitución del patrimonio protegido pueda suponer una nueva forma de acceso al Ministerio Fiscal de la existencia de una presunta causa de incapacitación.

Contribuirá a esa disminución de las incapacitaciones, el que la declaración de minusvalía administrativa es mucho más accesible, rápida y útil que la incapacitación judicial por lo que, sin duda, será la más utilizada para acceder a la posibilidad de constitución de un patrimonio protegido. Solo en el campo de las sucesiones y en lo que hace referencia a la posibilidad de limitación del derecho de legítima, es necesario que el beneficiario sea un incapacitado legalmente. Pereña Vicente entiende que, si el Notario no aprecia capacidad suficiente en el beneficiario, bien como otorgante, bien como mero beneficiario, no podrá autorizar la creación del patrimonio protegido, lo que hace totalmente necesario para que pueda constituirse el mismo, que se inicie un procedimiento de incapacitación, pues sólo el Juez podrá constituir la tutela o curatela, excepto que se trate de un menor cuya representación viene atribuida por la ley a los padres, provocando esto que, en muchos casos, será imposible proteger al discapacitado si no está incapacitado. Nosotros no compartimos esta apreciación ya que, como indicamos en otro lugar de este trabajo, entendemos que la referencia a los padres es una referencia de carácter parenteral con independencia de que conserven o no la patria potestad.

Por ello, como indica Marín Calero, si la mayor utilidad de esta Ley se deriva de la innecesariedad de incapacitar judicialmente a sus beneficiarios, puesto que, a su amparo, los incapacitados naturales disponen ya de instrumentos jurídicos suficientes para constituir y regir sus patrimonios, entonces, tal innecesariedad actuará inevitablemente como causa desincentivadora de la incapacitación. Propone, a nuestro entender razonablemente, este autor que sería más conveniente una única calificación legal de discapacidad o incapacidad, dictada por el órgano o poder del Estado que corresponda, judicial o gubernamental, pero con plenos efectos en todo el ámbito del Derecho o, más exactamente, en toda la vida de la persona —que es lo que verdaderamente interesa—, y siendo obligación de ese Estado el que el proceso correspondiente sea ni menos seguro que el hoy judicial ni menos gratuito, adaptado al caso concreto, útil y eficaz que el hoy administrativo, de modo que ningún padre o familiar sienta la tentación de ocultar la discapacidad psíquica de sus allegados sino que, al contrario, sea un demandante activo de su reconocimiento legal, como hoy lo es respecto de la calificación administrativa de discapacidad.

Debe añadirse que la discapacidad debe ser actual, si bien parece que no hay inconveniente en que el patrimonio se constituya de forma condicionada suspensivamente a la declaración futura de discapacidad.

El beneficiario debe ser único, no pudiendo tener varias personas la titularidad compartida de un mismo patrimonio protegido. Esto fue rechazado en la tramitación parlamentaria, incluso en el caso de que los beneficiarios fueran hermanos. No obstante, entendemos que no existe inconveniente en que se constituyan varios, aportando incluso a cada patrimonio los mismos bienes, por cuotas o partes indivisas, nombrando a unas mismas personas para administrarlos y sujetándolos a los mismos fines y a las mismas reglas de control y administración, por lo que funcionaran como un patrimonio único.

4.- El nuevo concepto de la capacidad de obrar suficiente

Sobre el concepto de capacidad suficiente ya hemos hablado anteriormente.

Estos principios exigen, en primer lugar, que el discapacitado sea oído en la toma de las decisiones que le afecten, y, creemos que también, el que su voluntad sea operativa, en todo lo relacionado con la constitución y gestión del patrimonio protegido, cuando su nivel de entendimiento y comprensión de la existencia y funcionamiento de tal patrimonio sea «suficiente». Nos encontraríamos ante una cuestión de hecho, debiendo tenerse en cuenta la composición y cuantía del patrimonio y no sólo la capacidad propia, individual y aislada del sujeto, sino la resultante de la ayuda, explicación y complemento que le puedan prestar las personas de su entorno, e incluso el encontrarse está sometida a un régimen especial de protección como pudiera ser la curatela.

Ya que el patrimonio protegido debe constituirse en escritura pública, serán los Notarios los que deberán valorar ab initio dicha capacidad. El notario, que está obligado a respetar la regla general de presunción de capacidad de toda persona que no haya sido judicialmente incapacitada, deberá apreciar, según su leal saber y entender, si el beneficiario tiene o no, en ese momento, la capacidad suficiente, sin que sea correcto exigir una capacidad plena. Para ello deberá oír personalmente al beneficiario, comprobar los datos relativos a las declaraciones administrativas de minusvalía si es que existen, e incluso solicitar la opinión de técnicos, de modo análogo a lo dispuesto en el artículo 665 CC (respecto al testamento otorgado por el judicialmente incapacitado). Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad del control posterior a través de las pertinentes acciones de nulidad por falta de capacidad, lo que podrá hacer el Ministerio Fiscal o cualquier otra persona con interés legítimo. Otra fórmula para llevar esto a cabo puede ser valorar dicha capacidad suficiente por el Notario o por el Juez ante el que se constituye el patrimonio por la oposición de los padres o tutores. Para esta revisión judicial podrá el mismo discapacitado acudir al Fiscal o directamente al Juez, de acuerdo con el artículo 3-2-2º LPAPAD, para provocar la constitución judicial ante la negativa del Notario de considerar la existencia de capacidad suficiente. Digamos que, en los procedimientos ordinarios de nulidad a posteriori antes indicados, deberá intervenir el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 3-7º EOMF y 8-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si existe discrepancia entre el discapaz y sus representantes y en tanto se le nombre un defensor judicial que lo represente.

Marín Calero destaca la singular importancia de este concepto y como el mismo debe suponer que los agentes jurídicos deben acostumbrarse a dar cauce al derecho constitucional de los discapacitados a integrarse tan plenamente como sea posible en la vida social y que no puede considerarse que el discapacitado psíquico con capacidad suficiente tenga prohibido por la Ley el acceso a la administración de su patrimonio protegido. Se trataría de trasladar al mundo jurídico los principios de integración, habituales ya en los mundos laborales y de la enseñanza.

5.- Constitución del patrimonio y aportaciones posteriores al mismo

Los sujetos.

Corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores, curadores o guardadores de hecho, estos últimos solo en el caso de personas con discapacidad psíquica y solo con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado al incapaz por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario, con sometimiento en todo caso a lo dispuesto en el Código Civil con respecto a esta figura, lo que no deja de ser una limitación criticable ya que no se entiende porque no podría el guardador de hecho constituir el patrimonio con otros bienes en beneficio del discapaz. Al guardador de hecho entendemos que debe asimilarse la persona que tenga al discapaz en acogimiento ya que, este, no es más que una manifestación de la misma.

De igual forma, cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin. La clave de la cuestión se encuentra en la interpretación de cuando existe interés legítimo, lo que, como concepto abierto que es, deberá contemplarse en cada caso concreto.

No se comprende muy bien por qué se limita la iniciativa para constituir el patrimonio a esas personas y, en el caso de los guardadores de hecho, a esos bienes determinados, ya que, si de protección patrimonial se trata, no habría habido inconveniente en que cualquier persona, máxime si es cercana al discapacitado, pudiera constituir desde un principio el patrimonio, al igual que, una vez constituido, puede efectuar aportaciones a título gratuito. No parece que deban de plantearse problemas a esta posibilidad.

Ya hemos indicado nuestra postura sobre la interpretación «*capacidad de obrar suficiente*» del discapacitado. Según esta entendemos que el patrimonio podría ser perfectamente constituido por un discapaz que posea dicha capacidad suficiente.

Respecto de la constitución hecha por los padres del discapacitado, debemos recordar que éstos no son llamados aquí en calidad de titulares de la patria potestad, sino de meros familiares. Esto significa que, aunque el beneficiario sea mayor de edad, no podrá exigirse que haya sido incapacitado y rehabilitada la patria potestad para permitir la actuación de los padres. Se plantea la duda de si su actuación debe ser conjunta (regla general que para la patria potestad establece el artículo 156 del Código Civil) o puede ser individual. Entendemos con Marín Calero que estamos ante hechos que, en principio, son beneficiosos para el discapacitado y que siendo ese beneficio el que debe prevalecer, en todo caso, bastará con la voluntad favorable de cualquiera de los dos progenitores, de manera que, si sólo uno de ellos se opone, deberá ser él quien inste del Fiscal la extinción, demostrando su carácter nocivo para su hijo. Digamos, además, que este artículo 156 permite la validez de los actos unilaterales de uno de los padres si estos se realizan conforme al uso social y a las circunstancias. Igualmente, si los padres viven separados, o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres la patria potestad se ejercerá por el padre con quien el hijo conviva o por el progenitor que pudiera hacerlo. Pero es que, como ya hemos indicado, no nos encontramos ante una consecuencia de la patria potestad, sino de la mera paternidad y, por ello, entendemos que no es necesario el ejercicio conjunto. No obstante, si entendiéramos la necesidad de la constitución conjunta lo que no podríamos es negar al progenitor individual la condición de persona con interés legítimo por lo que, perfectamente, podría solicitar por la vía del artículo 3-2º LPAPAD la constitución del patrimonio del otro progenitor y, si este se negara, acudir al Fiscal para una posible constitución judicial.

La Ley asimila al curador a los padres y tutores, lo que parte de un error de concepto sobre la naturaleza de la curatela. En realidad, la función del curador ha de ser siempre la de completar la voluntad del beneficiario, no la de sustituirla. Por ello, en este caso, sería el incapacitado el que constituiría el patrimonio, aportaría los bienes o prestaría su consentimiento a dichos actos, con la preceptiva concurrencia del curador. Pero es que, además, la determinación por el Juez de la curatela podrá ser tenida en cuenta por el Notario como un dato importante de la existencia de una capacidad suficiente en el discapaz. En realidad, nunca podría un curador constituir un patrimonio protegido en contra de la voluntad del discapacitado. Si el juez que incapacitó al beneficiario decidió que no necesitaba de una tutela y que bastaba con la curatela, parece lógico considerar que el beneficiario tendrá la capacidad suficiente para decidir, por sí y con la ayuda del curador, sobre tal constitución o sobre la aceptación de una nueva aportación. Ahora bien, esto no quiere decir que debamos entender que el discapacitado pueda por sí solo constituir el patrimonio protegido. Por el contrario, la capacidad del discapacitado puede considerarse suficiente precisamente porque tiene el complemento y la ayuda o asistencia de sus padres, tutores o curadores. En definitiva, que la capacidad suficiente del discapacitado tanto puede ser del tipo de suficiente por sí solo o de suficiente con la ayuda de terceros. Si el curador se negare, en contra a la voluntad del discapacitado, a la constitución del patrimonio esta tendrá la posibilidad de acudir al Fiscal o al Juez por la vía, antes indicada, del artículo 3-2º LPAPAD, o por la vía general del artículo 163 CC que, si bien esta establecido para la patria potestad, entendemos aplicable en caso de curatela por analogía.

Debemos tener en cuenta que tanto si lo hace solo o con ayuda de otros, la constitución habrá sido hecha por el discapacitado y quedará sometida al régimen propio de tales casos, que son muy diferentes a los demás.

También puede solicitarse la constitución del patrimonio protegido por un tercero con interés legítimo, pero para ello necesita aportar bienes y pedírselo al discapaz con capacidad suficiente o a sus padres, tutores o curadores (artículo 3-2º LPAPAD). Requiere interés legítimo, inexistencia de oposición de persona legitimada o autorización judicial. Si el titular carece de capacidad suficiente y existe negativa injustificada de los padres o tutores, el tercero solicitante podrá acudir al Fiscal, quien instará del Juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Nos encontramos aquí en una primera intervención del Ministerio Fiscal dirigida a evitar que, determinados intereses espurios de los representantes legales, impidan el acceso de una persona discapacitada al patrimonio protegido cuando existe alguien dispuesto a crearlo y dotarlo.

Igual sistema se establece en el caso de negativa de dichas personas a la aportación posterior. En el caso de que la aportación constituyente o posterior se haga en testamento, será difícil que el aportante acuda al fiscal, si bien si el discapaz carece de capacidad suficiente para aceptar por sí mismo, la renuncia de los padres o tutores necesitara la preceptiva autorización judicial para la renuncia según los artículos 166 y 271-4º CC, proceso en el cual podrá valorarse la conveniencia de la constitución o aportación.

La constitución requiere, inexcusablemente, una aportación originaria de bienes y derechos, si bien una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio siempre que estas aportaciones de terceros sean a título gratuito. Incluso se permite que las aportaciones se realicen por las empresas empleadoras del discapaz, o de los padres, tutores, acogedores o cónyuge del mismo.

Si la aportación es realizada por un tercero distinto al titular del patrimonio, el aportante podrá establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido, y solo en este caso, determinando que tales bienes o derechos reviertan en el aportante o sus herederos o dándoles cualquier otro destino lícito que estime oportuno. Los negocios jurídicos por los que se realicen estas aportaciones se someten al régimen civil común.

La Ley en este punto considera al guardador de hecho como un tercero. Por ello, parece que deberá obtener el consentimiento del padre, tutor o curador, lo que no deja de ser muy sorprendente. Normalmente, el guardador de hecho puede reflejar, aunque no lo hace siempre, una ausencia efectiva y práctica de padres o tutores que ejerzan adecuadamente sus funciones tuitivas. Sería ilógico que quienes materialmente tienen consigo al discapacitado –por ejemplo sus abuelos– deban conseguir la autorización de unos padres o tutor que han desatendido y abandonado a su hijo o pupilo. En estos casos creemos que no debería admitirse la intervención de los padres de un discapacitado mayor de edad, que no convivan con él ni le tengan bajo su protección efectiva, sino al contrario prácticamente abandonado, cuando el sentido de su actuación sea el de impedir la constitución de un patrimonio protegido o su ampliación.

Elementos formales.

Tal como establece la ley, el patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto de que existiere oposición a la constitución del mismo. Este documento o resolución debe contener el siguiente contenido mínimo:

- a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido, base sin la cual no puede existir constitución de patrimonio protegido alguno.
- b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización.
- c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Si el Juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial será el documento de constitución debiendo adaptarse a lo establecido en general para el mismo cuando se constituye por escritura pública. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa que debe ser explicitada por el Juez, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

Se discute también es precisa la escritura pública para las aportaciones posteriores, sean del tipo de bienes que sean. El considerar que así es no deja de ser criticable ya que provoca el incremento de los gastos lo que puede transformarse en un obstáculo para las mismas. Máxime cuando estas pueden ser meras aportaciones de dinero o el pago por el aportante de un crédito hipotecario concedido sobre un bien del discapaz, por ejemplo, en que la propia documentación bancaria podría acreditar suficientemente la aportación realizada. Entendemos que puede establecerse el compromiso en escritura pública de abonar un crédito hipotecario que recaer sobre un bien del discapaz o una cantidad periódica al mismo para sus gastos completando dicha escritura con el certificado bancario de las aportaciones.

Resulta lógica dicha formalidad en los supuestos de aportaciones del dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles, pues esa es la práctica social en la transferencia de ese tipo de derechos, pero no en las aportaciones de cantidades no excesivas de dinero, de derechos personales o del dominio o derechos reales sobre bienes muebles. Precisamente este tipo de cosas son las que forman el entorno íntimo de toda persona y, a tenor de los límites cuantitativos a las bonificaciones fiscales de los impuestos directos, parecería que son, en la opinión del legislador, el objeto más adecuado de aportación a tales patrimonios.

Sería conveniente la modificación de la ley para establecer expresamente la posibilidad de que estas aportaciones se documentaran de otra forma (documentación bancaria, por ejemplo), pero puestos de *lege data* a dar una solución práctica al problema es interesante la afirmación de la exposición de motivos de la ley que establece:

«Por otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por supervenencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente.»

Entendemos que esta afirmación da pie suficiente para establecer que estas aportaciones deberán tener, únicamente, la forma que, el derecho en general, exige para las mismas y la documentación probatoria necesaria para justificar sus efectos fiscales. Entender otra cosa sería anular los efectos beneficiosos de la ley lo que sería ir contra su filosofía.

Elemento reales.—

En principio, podrán ser aportados a un patrimonio protegido toda clase de bienes y derechos y formarán además parte de él los frutos, productos y rendimientos de éstos, según el artículo 1–1º LPAPAD.

Las aportaciones deberán hacerse a título gratuito, lo que entendemos debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a que el beneficiario no deba hacer contraprestación alguna, pero sin suponer la prohibición de sustitución o permuta de unos bienes por otros, especialmente cuando, como ocurre con muchos valores mobiliarios, son perecederos.

También creemos con Marín Calero que no se excluye la posibilidad de aportar bienes o derechos cuya vida esté sujeta a término, como pueda ser un usufructo temporal o un derecho arrendaticio, si bien el artículo 4–2º LPAPAD excluye que el acto de aportación en sí pueda someterse a término, no permitiéndose tampoco las donaciones condicionales u onerosas, lo que debe entenderse extensivo a las donaciones sujetas a reversión y a la posibilidad de que el donante se reserve la facultad de disponer mientras dure el patrimonio protegido.

Está claro que el beneficiario puede aportar sus propios bienes, pero no está tan clara la posibilidad de que los padres, tutores y guardadores del discapacitado puedan aportar bienes propios del beneficiario, en nombre de éste, lo que solo se admite en el caso del guardador de hecho y con respecto a determinados bienes hereditarios como hemos visto. Creemos que esto debería admitirse incluso en el caso de que no exista declaración judicial de incapacidad ya que no son pocos los padres que llevan muchos años constituyendo patrimonios a favor de sus hijos más desfavorecidos. Si la ley entiende que la constitución de un patrimonio protegido es favorable para ellos, sin duda lo habrá entendido así en base a la experiencia en tal sentido. No parece conforme a los fines de esta ley el que el patrimonio que, con fines idénticos a los que ahora persigue esta ley, se ha ido formando a lo largo de los años, quede necesariamente fuera de las ventajas de la misma. No nos encontraríamos ante verdaderos actos de enajenación por lo que no será necesaria autorización judicial alguna para hacer tales aportaciones.

6.— Supuestos de oposición a la constitución del patrimonio o aportación posterior

Cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad.

Si el titular carece de dicha capacidad y existe negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al Fiscal, quien instará del Juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Igual sistema se establece en el caso de negativa de dichas personas a la aportación posterior.

Empieza por ser llamativo el hecho de que parezca que haya que acudir siempre al Fiscal para poder impugnar la decisión, y que sea este el que acuda luego al Juez. A nuestro entender no existe ningún problema para que la impugnación se pueda interponer directamente ante el Juez por el particular, incluso el que lo haga el propio discapacitado si tiene suficiente capacidad para actuar en juicio. Solo se nos ocurre como justificación de esta supuesta opción legal el que se pretenda descargar a los jueces, provocando un filtro previo, ya que el Fiscal podría intervenir en el procedimiento abierto a instancia del particular. Es algo a lo que el legislador ya tiene habituado al Ministerio Público, olvidando que es el Ministerio Fiscal el que, poco a poco, va colapsándose, máxime cuando se siguen creando plazas de jueces, mientras que se es tremendamente cicatero con la creación de plazas de Fiscales. Incluso, la defensa a ultranza de esta legitimación rígida del Fiscal, atentaría contra derechos constitucionalmente reconocidos, introduciendo, además, un trámite extra que puede ralentizar el procedimiento y la resolución de los problemas, los cuales pueden precisar de una decisión urgente.

Es cuestionable, también, si la intervención del Fiscal es obligatoria, dados los términos imperativos en que está redactado el verbo «instará», como si, en todo caso, debiera solicitar del juez que se acuerde la constitución del patrimonio o la aportación del bien. Esa solución sería absurda y convertiría al Fiscal en una especie de buzón del Juzgado. Por ello, habrá que concluir que el Fiscal deberá valorar todas las circunstancias concurrentes, tales como la causa alegada por el padre o tutor para negar la constitución del patrimonio, porque, si está justificada, no deberá acudir a la vía judicial. Para ello deberá haber incoado las correspondientes Diligencias Informativas y haber recopilado todos los datos necesarios para tomar la postura que estime adecuada. En todo caso, se tendrá en cuenta el mayor interés del discapaz. Deberán oírse las razones de los padres o tutores para oponerse a la constitución o aportación, y, si el discapaz posee capacidad suficiente, es conveniente oír al mismo antes de adoptar una decisión, dando una especial importancia al resultado de esta última.

7.- Administración del patrimonio

Corresponde legalmente al constituyente la facultad de designar al órgano de administración del patrimonio protegido, incluyendo dentro del mismo las figuras del administrador y del órgano de fiscalización.

No puede ser administrador:

- Quienes no sean hábiles para ser designados y ejercer el cargo de tutor.
- El padre o tutor que se haya opuesto a la constitución del patrimonio protegido, cuando un juez haya declarado que tal negativa era injustificada y salvo que el mismo decida que media justa causa para lo contrario. Esta última limitación afecta a la incapacidad para ser designado administrador inicial, pero no, sorprendentemente, para continuar siéndolo, en caso de que el administrador sea alguna de tales personas –padre, tutor o curador– y a lo que se haya opuesto de modo injustificado sea a una aportación a un patrimonio protegido ya constituido.

La ley no se refiere directamente a la posibilidad de que el título constitutivo contenga también normas sobre la remoción del administrador, si bien entendemos que el constituyente puede establecer causas de remoción y procedimientos para ello, por la vía del artículo 3-3 c) LPAPAD que permite al constituyente incluir en el título constitutivo «cualquier otra disposición que considere oportuna con respecto a la administración».

La participación del beneficiario discapacitado en la administración de su propio patrimonio protegido es una de las cuestiones más importantes de la materia que estamos tratando. Esto puede realizarse de dos maneras, bien administrando el mismo el patrimonio, bien colaborando de alguna manera en la administración desempeñada por otros. En ambos casos, el discapacitado deberá tener la capacidad de obrar suficiente, pero en ninguno de los dos se le podría exigir una capacidad de obrar plena, por lo que podría darse el caso de que un incapacitado pudiera intervenir de la administración en una de las dos formas.

Contra esta interpretación parece manifestarse el artículo 5 LPAPAD que impide que sean administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial. El artículo 241 CC establece que «Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes».

La cuestión está en determinar si el discapacitado se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, pero para ello debe tenerse en cuenta las disposiciones de la ley que comentamos y, como hemos visto, el criterio de esta ley es el de no exigir la plena capacidad de obrar y admitir en cambio una capacidad suficiente.

Como gráficamente expone Marín Calero:

«Según los términos exactos del artículo 3 de la ley, un discapacitado que no tenga plena capacidad de obrar pero sí suficiente, podrá constituir a su favor un patrimonio protegido, designar a quien haya de administrarlo y tal administrador deberá atenerse escrupulosamente a las reglas de administración fijadas por el beneficiario. No tiene sentido que él mismo no pueda ser quien desarrolle unas instrucciones que de él emanan.

Remitiéndome una vez más a la realidad actual de al menos ciertos discapacitados, que llevan una vida realmente independiente y rica en actos jurídicos patrimoniales, así como a la necesidad y exigibilidad al Derecho Privado de procurar la plena integración social de los discapacitados, me parece más que adecuado a los fines de esta ley que se permita al menos cierta actividad administradora a los discapacitados beneficiarios de un patrimonio protegido, aunque no tengan plena capacidad de obrar.

Otra cosa es que un discapacitado sin plena capacidad pueda y deba contar con tanta ayuda como necesite en sus pasos de integración social. Técnicamente, está previsto que, en el caso especial de que el discapacitado esté sujeto a curatela, reciba la asistencia de su curador; pero yo me refiero a toda clase de ayudas, como ocurre en los demás ámbitos de su vida: la ayuda de sus padres o personas con quien conviva, la de la asociación especializada a que pertenezca o, incluso, la de un servicio público creado al efecto.»

La filosofía de la ley que pretende la integración jurídica de los discapacitados apoya esta interpretación, puesto que pocas cosas son más importantes para esa integración que su incorporación a las tareas ordinarias de administración de un patrimonio, sobre todo cuando se trate del conjunto de bienes y derechos que forman el círculo más íntimo de sus pertenencias.

La ley debe servir pues para enseñar y ayudar a los discapacitados psíquicos a administrar sus propios bienes, en la medida en que sea, cada uno de ellos, capaz de hacerlo, con toda la colaboración de terceros que sea necesaria y adecuada, por supuesto. Esta puede ser, asimismo, una vía de aprendizaje para el discapaz.

Debido a lo dicho es perfectamente aceptable, que el constituyente establezca que el beneficiario no sea apartado de la administración sino que se le asocie a ella estableciendo las medidas de ayuda y protección que estime por convenientes, al modo y semejanza de una curatela informal. Si el constituyente puede establecer las reglas de la administración (artículo 3-3º b) LPAPAD), sin duda puede hacerlo de esta forma.

Entendiendo la administración en el sentido más amplio, incluyendo los actos de disposición, se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para establecer las reglas de administración que considere oportunas, favoreciéndose de esta forma que la administración pueda corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención a las personas con discapacidad (lo que supone un nuevo campo de actuación de las Fundaciones y otras entidades tutelares), si bien ello con una distinción, ya que:

- a) Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el beneficiario del mismo, y a la vez tenga capacidad de obrar suficiente, se aplica sin más la regla general expresada. Ahora bien, debido al especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de encontrarnos en este caso, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta, sea porque así lo ha querido la propia persona con discapacidad, cuando ella misma haya constituido el patrimonio, sea porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea un tercero.
- b) En todos los demás casos, las reglas de administración deberán prever que se requiera autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, si bien se permite que el Juez pueda flexibilizar este régimen de la forma que se estime oportuna cuando las circunstancias concurrentes en el caso concreto así lo hicieran conveniente, previa petición del Ministerio Fiscal, al que deberá dirigirse el constituyente o el administrador, lo que hará en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Esta exención solo tiene sentido si entendemos que se refiere a la posibilidad de obtenerla de modo previo y para un conjunto completo de actos dispositivos (piénsese, por ejemplo, en la necesidad de gravar determinados bienes con el fin de obtener financiación para una actividad económica o cuando el patrimonio protegido consista en la explotación de una actividad de promoción inmobiliaria en cuanto a la venta de los pisos construidos se refiera). Vemos como aquí se da una forma indirecta de control del Ministerio Fiscal del patrimonio protegido ya que pedirá o no la exención de acuerdo con el conocimiento que tiene del patrimonio.

Otro caso en que no debería ser necesaria la autorización judicial sería en aquellos en que el beneficiario tuviera capacidad suficiente en el sentido que ya hemos expresado anteriormente, y tal como dispone el artículo 5-2º-2 LPAPAD. Recordemos que esta capacidad suficiente es diferente de la plena capacidad de obrar. Si el notario autorizante considera que el discapaz tiene esta capacidad suficiente, le bastará con el consentimiento del mismo al acto para que el administrador pueda realizar el mismo sin necesidad de autorización judicial, lo que podría determinar también el juez por la vía de la exención que antes hemos expuesto, ya que uno de los elementos a tener en cuenta es *«las circunstancias personales del beneficiario»*.

A pesar de que la ley parece unificar el régimen de los distintos tipos de administradores, creemos que la referencia de la norma a «*normas civiles que en su caso sean aplicables*» nos permite sostener una interpretación que asigne a cada administrador las normas legales que la normativa general del Código Civil le asocia. Así, los padres que ejerzan la patria potestad deben estar sujetos a la normativa propia de ésta y a los tutores y al resto de los administradores les debe ser aplicables las normas de la tutela.

Recogiendo lo dispuesto en el Código Civil será preciso solicitar autorización judicial en los siguientes casos:

- Para disponer a título gratuito de bienes o derechos.
- Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios que formen parte del patrimonio protegido, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el patrimonio protegido estuviese interesado.
- Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- Para entablar demanda en nombre del discapacitado, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Lógicamente, podrá hacerlo solo en los casos en que se encuentre afectado el patrimonio protegido y no en el resto de los asuntos.
- Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- Para dar y tomar dinero a préstamo.
- Para ceder a terceros los créditos que el patrimonio especial del discapacitado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra dicho patrimonio.

El administrador nunca podrá, aunque tenga autorización judicial, ya que no tiene la representación general del discapacitado:

- Internar al discapacitado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia.
- Las acciones anteriores sobre bienes o derechos que no formen parte del patrimonio protegido.

En cuanto a la partición de la herencia, entendemos que no es posible que forme parte del patrimonio protegido. No obstante, en aquellos casos en que hipotéticamente pudiera hacerlo no requeriría autorización judicial previa, pero sí posterior. Igual ocurrirá con la división de la cosa común.

Los fines a los que va dirigido el patrimonio protegido pueden requerir de la enajenación de bienes, tanto para gastar su producto en la atención de las necesidades vitales del beneficiario, como para su mejor conservación, sustituyendo unos bienes por otros más adecuados. No sería lógico, por ello, el limitar esta facultad al administrador que se convierte así en un administrador con facultades de enajenación y, tal como establece el artículo 5-7º LPAPAD, en un representante legal del discapacitado que excluye a todos los demás con respecto a estos bienes y que no necesita que su representado haya sido declarado incapaz por sentencia judicial.

Entendemos que si el constituyente es el propio discapacitado con capacidad suficiente este podrá nombrar, remover y sustituir al administrador, cuantas veces quiera, y establecer y cambiar las reglas sobre la gestión de su patrimonio, ya que no es lógico que el propietario de los bienes pierda todo control sobre ello con la constitución de un patrimonio protegido.

La ley suprime en todo caso (artículo 5-2º in fine LPAPAD) el obsoleto procedimiento de subasta pública que, de forma anacrónica, mantiene aún la Ley de Enjuiciamiento Civil, a pesar de actuar en contra de los intereses del incapaz por lo que se ha abandonado en un importante número de Tribunales y ha sido tremendamente criticado por un importante sector de la doctrina.

Esta imposición de la subasta supone, la mayor parte de las veces, un verdadero perjuicio para los intereses del incapaz, interés que es el prevalente y el que, en todo caso, debe seguirse según el artículo 216 CC, incluso incumpliendo formalismos procesales en muchos casos obsoletos. En varias ocasiones hemos afirmado

que tras la reforma de la tutela operada por Ley 13/83, el artículo 273 CC establece un proceso marco para las autorizaciones al tutor, en el que no se incluye la subasta por lo que debe entenderse esta derogada. Asimismo, los presuntos efectos positivos de la subasta se pueden paliar con la apreciación de la utilidad y necesidad de la venta y con el control que puede realizarse del destino y uso dado al dinero recibido de la forma que dispone el artículo 233 del Código y, hoy también, de la disposición adicional tercera 1ª de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

Esta opción legal refleja lo que ya manteníamos desde hace tiempo: que la subasta pública no crea un plus de garantía para el incapaz, sino al contrario, es una cortapisa que crea más inconvenientes que ventajas y perjudica los intereses del que pretende beneficiar. Esperemos que la futura Ley de jurisdicción voluntaria elimine formal y definitivamente este anacrónico requisito, limitando la protección a la tasación pericial, cuando sea necesario, y al control del destino dado al precio de la venta que entendemos suficientes para garantizar los derechos del incapaz.

Por último, hay que hacer referencia a un aspecto de gran importancia que ya hemos indicado anteriormente. Si el beneficiario del patrimonio protegido no tiene capacidad de obrar, el administrador tendrá la representación legal de la persona con discapacidad para todos los actos relativos al patrimonio protegido sin necesidad del concurso de los padres o tutores del mismo que conservarán su representación para los bienes del incapaz que no se encuentren dentro del patrimonio separado. Eso es así incluso si el discapaz no ha sido judicialmente incapacitado.

En cuanto a la responsabilidad del Administrador, entendemos que la misma se circunscribe a la responsabilidad de cualquier otro administrador, a la que se añade la derivada de su condición de representante legal. También entendemos que pudiera aplicarse por analogía la responsabilidad del tutor de los bienes. Ahora bien, sabemos que el tutor carece de normas que regule su responsabilidad por lo que debemos aplicar las normas generales.

Siguiendo dichas líneas generales, el Administrador responderá al discapacitado del daño producido en el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Administración, de acuerdo con el artículo 1902 del CC. Responderá tanto si los daños son dolosos o culposos, constitutivos de delito o de simple infracción civil. También responderá por los daños ocasionados por la persona que contrate para llevar a cabo la administración, de acuerdo con el artículo 1904 CC, si bien en estos casos tendrá derecho de repetición contra el causante.

Nunca responderán en el caso del artículo 1903 CC, esto es, en los daños que a terceros causen los discapacitados ya que estos nunca están bajo su autoridad, ni habitan en su compañía en razón a este cargo. Ahora bien, entendemos que si podrá derivarse responsabilidad cuando los daños sean producidos por los bienes integrantes del patrimonio protegido por culpa o negligencia del administrador en su labor, en cuyo caso responderán ante el titular del patrimonio por las responsabilidades que el mismo haya contraído por los daños causados por los bienes del mismo como una forma de los daños causados al discapaz.

Responderá también de su labor como representante, tanto ante el discapacitado (daños causados por dolo o negligencia) o ante terceros (daños causados, por ejemplo, por extralimitación cuando realice la venta sin cumplir los requisitos legales y se causan daños a los que contratan con él artículos 1101 y siguientes CC, en relación con el 1725 CC). Al encontrarnos ante un caso de representación no meramente voluntaria sino legal, se crea una responsabilidad de mayor calado por lo que la doctrina aboga por la posibilidad de que los representantes legales se constituyan como garantes del buen fin para el discapacitado del acto o negocio, lo que puede llegar a suponer el excluir la responsabilidad sobre el patrimonio del discapacitado, y permitir la agresión del patrimonio del representante que se extralimita por dolo o culpa.

En este ámbito, será responsable no solo por dolo sino también por culpa del incumplimiento del encargo de administración o de su cumplimiento defectuoso. Los Tribunales estiman la presencia de dolo o culpa con más o menos rigor según la administración conferida sea retribuida o no y ello, porque al igual que en el caso del tutor, entendemos que el administrador puede ser retribuido por el constituyente con cargo al patrimonio protegido al no existir prohibición alguna al respecto.

Aunque creemos que nos encontramos ante una forma de representación legal ya que su existencia y regulación general viene derivada de la ley, el hecho de que pueda surgir del encargo de un particular, hace que, en esta materia, se pueda aplicar por analogía lo dispuesto para el mandato (artículos 1709 y siguientes CC),

y ello a no ser que el constituyente haya establecido reglas propias sobre la responsabilidad del administrador lo que, sin duda, puede hacer (artículo 3–3° b) y 5 LPAPAD).

Por ello, podemos indicar que no puede traspasar los límites establecidos para la administración, a no ser que, a pesar de traspasar dichos límites, hubiera cumplido el encargo de una manera más ventajosa para el beneficiario.

De igual forma que se establece para el mandato, el administrador queda obligado por la aceptación a cumplir con su labor, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al beneficiario. En la ejecución de su labor ha de arreglarse a las instrucciones del mandante y, a falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

Deberá intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de cesado en la administración, desde que se haya constituido en mora.

Para terminar digamos que, igualmente, le serían aplicables al administrador el resto de las normas establecidas para el mandato.

8.– Extinción del patrimonio protegido

Además del caso especial de que el Juez pueda acordar la extinción del mismo cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad, sólo se produce por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o al dejar éste de padecer una minusvalía en los grados establecidos por la Ley.

En estos casos, se presta especial atención a los bienes y derechos aportados por terceros, a los cuales se aplicará el destino previsto por el aportante al realizar la aportación, si bien cuando fuera material o jurídicamente imposible cumplir esta finalidad se les dará otra, lo más análoga y conforme posible a la voluntad del aportante, de forma análoga a la conmutación modal del artículo 798 del Código Civil.

9.– Supervisión de la administración. La especial intervención del Ministerio Fiscal

Constituye esta un aspecto fundamental de la regulación jurídica del patrimonio protegido, destacando a lo largo de toda la ley la intervención como órgano de supervisión del Ministerio Fiscal. Esta supervisión se da en varios niveles:

- En primer nivel, el constituyente puede establecer las reglas de supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio que considere oportunas.
- En segundo, la supervisión institucional del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, respecto del cual se prevén dos tipos de actuaciones:
 - a) Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle, en el caso de que no sea la propia persona con discapacidad o sus padres. Ello obligará a llevar en las Fiscalías unos registros y unas carpetillas especialmente destinados al control de estos patrimonios, y para recopilar toda la documentación que se requiera o que remitan los administradores en sus rendiciones de cuentas, al menos de forma anual. No se prevé ninguna aprobación judicial de esa administración, por lo que la supervisión le corresponde únicamente al Fiscal que deberá manifestarse sobre la corrección de las cuentas presentadas, entendemos que a través del correspondiente Decreto, tras solicitar todas las diligencias (aclaraciones, audiencias o periciales) que considere conveniente .
 - b) Una supervisión esporádica y concreta, ya que cuando las circunstancias concurrentes en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del Juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad. En concreto, y además de las indicadas anteriormente, la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas entre la que puede estar la exigencia de actuación de un curador cuando el administrador sea el discapaz con capacidad suficiente, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él. Veremos luego, como entendemos que estas actuaciones judiciales se tramitarán como actos de jurisdicción voluntaria sin que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida transforme en contencioso el expediente.

Indica Marín Calero que esta supervisión por el Ministerio Fiscal esta mas anunciada que regulada, no confiando demasiado en ella, y considerando que va a tener el mismo resultado que el actual control tutelar. Por desgracia, no podemos dejar de compartir esta opinión si los organismos políticos no dejan de tratar al Ministerio Fiscal como un pozo sin fondo que recoge todo lo que se le echa sin necesidad de aumentar los medios dedicados al mismo. Igualmente, y porque no volver a decirlo, si la propia estructura del Ministerio Fiscal no empieza a dar a estos temas civiles la importancia que merece dejando de considerarlos materia de segundo grado.

Para que esta supervisión sea efectiva lo primero que hay que garantizar es que el Fiscal conozca los patrimonios protegidos que existen en su provincia lo que no tendrá problemas en el caso de los constituidos judicialmente. Ahora bien, la mayoría de los mismos se constituirán notarialmente y es preciso garantizar que, por parte de los Notarios, la constitución llegue al Ministerio Fiscal, no quedando a su libre arbitrio, sino de una forma regular y obligatoria. Por ello, entendemos conveniente que por la FGE y el Consejo Nacional del Notariado se lleguen a acuerdos que insten a los notarios a enviar copias de las escrituras de constitución y aportación de patrimonios protegidos a los Fiscales Jefes del domicilio del beneficiario del patrimonio. Los Fiscales Jefes trasladaran dicha documentación a las Secciones de Protección de Personas con Discapacidad y, asimismo, enviara fotocopia de toda la documentación a la Fiscalía General del Estado (o a la unidad de apoyo a la misma que el FGE designe), con determinación de la numeración de registro en la Fiscalía Provincial, con el fin de llevar un registro centralizado de todos los patrimonios protegidos existentes a nivel nacional .

Con la primera escritura o la resolución judicial que determina la constitución del patrimonio se abrirá en Fiscalía una carpeta de control y se registrara en la base de datos correspondiente, incluyéndose en la misma todas las vicisitudes de dicho patrimonio y controlando las distintas rendiciones de cuentas. En el caso de cambio de domicilio del discapaz a otra provincia, deberá trasladarse la carpeta de control a la Fiscalía del nuevo domicilio dejando anotación bastante en los libros registro para conocimiento e información, en su caso, a las personas interesadas. En el caso de constitución judicial, el Fiscal velará porque el auto reúna todas las cuestiones establecidas en la ley (inventario de bienes y derechos, así como reglas de administración y de fiscalización), enviando también copia del mismo a la FGE.

La ley crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, cuya función básica es ser un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las demás que reglamentariamente pudieran atribuírsele. En esta Comisión, cuya composición se establece por Real Decreto 177/2004 de 30 de enero (BOE 6 de febrero de 2004) , participan, aparte de representantes de diversos Ministerios, otros representantes de las asociaciones de utilidad pública más representativas, en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad, en número de cinco. Sorprende que, aún cuando la principal función de esta Comisión tiene relación con el Ministerio Fiscal, no forme parte de ella ningún representante del mismo.

Queremos profundizar, ahora, en los dos problemas fundamentales que ya hemos destacado en lo que hace referencia al control y supervisión del Fiscal y como lógica consecuencia de los jueces.

El primero hace referencia al hecho de que la Fiscalía no pueda abordar con eficacia el volumen de trabajo de un verdadero control de los patrimonios. Siendo el Fiscal el órgano idóneo para esta supervisión, el hecho de que todo tenga que pasar por él, siendo un filtro de los procedimientos judiciales, puede suponer la parálisis de una supervisión efectiva.

La Comisión que se crea para apoyarlo despierta múltiples dilemas. Al parecer se trata de una Comisión Nacional lo que aleja el auxilio y el asesoramiento de los Fiscales que van a llevar el peso de la actividad. Mucho nos tememos que solo la Fiscalía de Madrid disfrutara de dicho asesoramiento. Para los demás, acudir a ella puede ser retrasar la solución de problemas que pueden ser acuciantes. Espero que por vía reglamentaria se solucione esta cuestión creando oficinas de la misma al menos en las sedes de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque debería tenderse en lo posible a la creación de unidades operativas en las provincias en que el volumen de patrimonios protegidos así lo exigiera. Esta estructura, sin embargo, no ha sido la recogida en el Decreto por el que se crea la Comisión.

Como forma de paliar en lo posible este problema, quizás sería conveniente el canalizar todas las relaciones con la Comisión a través de la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado o de la Inspección Fiscal. En uno de estos organismos deberá designarse un encargado de estas relaciones, quien, recibéndola de los Fiscales que necesiten asesoramiento, traslade las peticiones a la Comisión y ponga en

contacto a ambas partes llevando un seguimiento de la respuesta dada a la petición de la Fiscalía, y velando por el buen fin de la misma. Los Fiscales que necesiten el apoyo de la Comisión deberán solicitarlo a través del enlace designado en la FGE, siendo este el que lo solicite a la Comisión y mantenga informado de su evolución a la Fiscalía solicitante. De esta forma será más fácil el control y la distribución de los medios disponibles en condiciones de eficacia e igualdad.

10.– Aspectos registrales

Por último, la ley adopta dos medidas de publicidad registral importantes, ya que:

- De un lado, cuando la administración del patrimonio protegido no corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores, la representación legal que el administrador ostenta sobre el beneficiario del patrimonio para todos los actos relativos a éste debe de hacerse constar en el Registro Civil.
- De otro, se prevé que en el Registro de la Propiedad conste la condición de un bien o derecho real inscrito como integrante de un patrimonio protegido.

Quizás hubiera sido conveniente la creación de un Registro específico de patrimonios protegidos en la Dirección General de los Registros y del Notariado, como forma de tener un referente centralizado que facilite el acceso al conocimiento de la realidad de estos patrimonios.

11.– Aspectos procesales derivados de esta ley

En cuanto al procedimiento que debe utilizarse para dilucidar judicialmente los problemas derivados de la existencia de los patrimonios protegidos del discapacitado podemos destacar las siguientes ideas:

- En primer lugar, parece claro que el tribunal competente lo será el Juzgado de Primera Instancia (artículo 85–1º y 2º LOPJ), y en el caso de existir un Juzgado especializado en esta materia debería otorgarse al mismo la competencia.
- En segundo lugar, no parece que esté muy claro cuál será el tribunal competente territorialmente, puesto que podría serlo el del lugar de residencia del discapacitado o el del lugar donde se encuentren los bienes, caso de ser inmuebles. No obstante, puede fácilmente concluirse que lo será el Juzgado del lugar donde resida la persona con discapacidad, en cuyo favor se constituya el patrimonio especialmente protegido, y ello por aplicación de la regla 5ª del artículo 52 LEC.
- La legitimación debería extenderse a cualquier persona con interés legítimo (entendiendo por tal, la búsqueda del beneficio del discapacitado y no cualquier otro) y no solo al Ministerio Fiscal, ya que otra interpretación atentaría contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.
- El cauce procedimental será la jurisdicción voluntaria. La jurisdicción voluntaria reúne los requisitos de garantía y celeridad que es necesaria en estas cuestiones y, además, al no crear cosa juzgada permite el que se acuda luego al procedimiento ordinario si se cree conveniente. Una interpretación integradora hace que consideremos estas cuestiones como propias del conjunto de autorizaciones enmarcadas en la tutela, y, por lo tanto, sometido al régimen del artículo 273 CC. Así ha sido recogido por la Disposición Adicional Primera de la LPAPAD, que añade que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida no transforma en contencioso el expediente.
- Indudablemente, si el discapacitado tiene capacidad suficiente deberá ser oído en todos estos procedimientos.

12.– Estudio de algunas de las modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La Ley realiza también una serie de reformas al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, algunas de las cuales no podemos dejar de comentar. Veamoslas:

a) Autotutela

Consiste en la posibilidad que tiene una persona con capacidad de adoptar las disposiciones que considere en previsión de su propia futura incapacitación, de forma similar a como existía ya desde 1983 con respecto a los padres, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas como el Alzheimer que tienen un curso progresivo.

Se permite, así, a las personas que conservan aún su capacidad, adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, pudiendo alterar el orden de delación de la tutela, prefiriéndose como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al Juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación. Para ello se exige que la designación se haga en documento público notarial, debiendo comunicarse de oficio por el Notario al Registro Civil y estableciendo la obligación del Juez de recabar certificado del mismo en los procedimientos de incapacidad.

Este sistema es admitido en el Derecho Suizo, y si bien fue considerado al tramitar parlamentariamente la reforma de 1983 fue rechazado en ese momento transformándose en una constante petición por parte de la doctrina mas solvente. Hoy esta admitida en el Derecho Catalán (artículo 5–1º de la Ley 11/1996 de 29 de Julio), que permite la impugnación de la designación por los llamados legalmente a la tutela o por el Ministerio Fiscal si las circunstancias explicitadas o presuntamente tenidas en cuenta se hubieran modificado.

Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1732 CC, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción del mismo cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el Juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor. Estamos en el campo de los llamados poderes preventivos que se encuentran expresamente recogidos en los ordenamientos jurídicos alemán, griego, irlandés y escocés, y precepto que ha sido el más utilizado de la nueva LPAPAD hasta el momento.

Para hacer efectivo este precepto, en los procedimientos de incapacidad, el Juez recabará la certificación del Registro Civil (en la que se deberá haber anotado ese documento público), y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad. Si antes era importante el aportar con la demanda la certificación literal de nacimiento del demandado, para acreditar que no había una previa sentencia de incapacitación, ahora esto se exige legalmente. Si no se hubiere aportado, el Juez deberá recabarlas de oficio al Registro Civil correspondiente.

La Conclusión 47 de las I Jornadas de Fiscales especializados en Discapacitados y Tutelas celebradas en Madrid en Junio de 2004, reconoce la utilidad de la autotutela, si bien considera como el principal problema de la misma el de que su otorgamiento llegue al procedimiento judicial correspondiente. Consideran los Fiscales reunidos en dichas Jornadas que debe solicitarse siempre la partida literal de nacimiento del discapaz donde constará la misma y los poderes preventivos que el discapaz pueda haber realizado. Debido a la dificultad, en algunos casos, de conocer el lugar de nacimiento y, por ello, de obtener la partida los Fiscales valoran la iniciativa del Consejo General del Notariado de crear en su seno un registro específico, instándose a la FGE para que realice las gestiones pertinentes para su acceso por los Fiscales al mismo.

b) Tutela automática de incapaces

Este precepto tiene su origen en el CGPJ que, en su informe al Proyecto de ley, indicaba:

«Este Consejo quiere hacer constar la situación en que se encuentran muchas personas discapacitadas que sin embargo no pueden tener un patrimonio protegido por carecer de toda posibilidad de tener patrimonio. Es muy frecuente la situación de desamparo material y moral en que se encuentran personas discapacitadas, psíquica, física o sensorialmente que careciendo de capacidad de obrar y sometidas a tutela legal se encuentran en un total desamparo material y moral. Por ello se recomienda al legislador regular esta situación mediante un precepto que atribuya por ministerio de la Ley, la tutela del incapaz que sufra alguna de las incapacidades a que se refiere este proyecto a la Administración Pública competente, cuando sea imposible o inadecuado el ejercicio de la tutela o cuando la persona discapacitada quede privada de la necesaria asistencia moral o material.»

Lo que el CGPJ reclamaba era la llamada tutela automática o *ex lege*. Existente ya en otros ordenamientos como el francés o el alemán, y existente en nuestro derecho para el caso de los menores en desamparo, era solicitado de forma constante por un sector doctrinal, e incluso aplicado por analogía en alguna resolución judicial.

La LPAPAD en su nueva redacción al artículo 239–2º CC establece una institución similar, cuando no se nombre a nadie tutor o el discapaz se encuentre en situación de desamparo. Expone este precepto:

«La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.»

El nuevo precepto puede verse limitado por el hecho de que no en todas las Comunidades existen entidades públicas que tengan encomendada la tutela de los incapaces. Salvo que se entienda esa finalidad en sentido muy amplio, pocas entidades existen creadas con esa finalidad específica. A falta de estas entidades específicas y, como ya establecía la Consulta de la FGE 2/1998 de 3 de abril sobre la asunción de la tutela por personas jurídicas públicas, corresponderá el nombramiento de tutor cuando se trate de una Administración entre cuyas competencias se encuentren las de tipo asistencial para este tipo de colectivos.

Así de una manera general podemos indicar que los Ayuntamientos tienen competencia en materia de prestación de servicios sociales (artículo 25-2º k de la Ley de Bases de Régimen Local), siendo el ejercicio de esta competencia obligatoria en los que tengan una población superior a 20000 habitantes (artículo 26-1º c LBRL), correspondiendo, en otro caso, a las Diputaciones Provinciales (artículo 37 de la misma ley y 5 de la Ley 12/1983 de 14 de Octubre, reguladora del proceso autonómico).

Ahora bien, el artículo 148-1º-20 de nuestra Constitución otorga la competencia en materia social a las CCAA si estas la asumen en sus Estatutos, lo que han hecho casi todas. En las CCAA en las que existe un órgano administrativo especial dedicado a estos fines el problema se encuentra solucionado. En otro caso, puede plantearse la duda de si es posible nombrar directamente a una persona pública. No es necesaria la asunción expresa de la función de protección planteada, sino que basta la de actividades asistenciales más genéricas. Pero el nombramiento debe recaer sobre el ente que posee personalidad jurídica propia – la CCAA, el Ayuntamiento...– y una vez nombrado este la determinación del órgano administrativo concreto que ejercerá la tutela será una cuestión de orden interno administrativo. El órgano concreto dependerá de cada CCAA. En Andalucía, por ejemplo, el órgano concreto es la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, ya que el Estatuto de esta comunidad en su artículo 13-22º considera competencia de la misma la asistencia y los servicios sociales.

Empujadas por la exigencia de Fiscalías y Tribunales del cumplimiento de esta obligación algunas comunidades autónomas han ido creando diferentes organismos dirigidos a la asunción de las tutelas y defensas judiciales. También es posible la creación de personas jurídico- públicas de carácter específico. El principal problema que presentan estas se encuentra en el obstáculo que supone el Derecho administrativo, que lo hace incompatible con las exigencias de rapidez y flexibilidad, que reclama el ejercicio de las funciones tutelares. El modelo ha ido evolucionando desde la creación de organismos públicos sometidos al derecho administrativo –las comisiones–, lo que dificultaba mucho su labor como tutores, al establecimiento de entidades sometidas al derecho privado, generalmente bajo la fórmula de fundaciones .

A pesar de suponer una importante aclaración de este tema, la redacción del artículo no deja de plantear problemas. Por ejemplo, debemos preguntarnos si se refiere solo al incapacitado judicialmente o al incapaz natural o de hecho. En segundo lugar, si la tutela de la Administración es transitoria (hasta que se nombre tutor ordinario) o permanente (como ocurre en materia de protección de menores). En tercer lugar, se refiere al artículo 234 CC, dejando de lado la posibilidad de que el Juez nombre a un no familiar que sea idóneo para la tutela por sus relaciones con el tutelado, lo que se recoge en el artículo 235 CC y sería el modo de entrada de las personas jurídicas tutoras. En último lugar, debemos preguntarnos si se exige, en todo caso, la situación de desamparo y como relacionar esta con la existencia de un guardador de hecho que preste al incapaz la asistencia moral y material que necesite.

Podemos hacer las siguientes consideraciones:

- 1.– El precepto parece que realiza una distinción entre el incapaz al que no se le designa tutor y el que se encuentra en situación de desamparo. En ambos casos, la entidad pública asume la tutela automática. Ahora bien, cuando hablamos de mayores de edad la destrucción de la presunción de capacidad requiere una resolución judicial (artículo 199 CC). Creemos que esto supone que el incapaz al que debe nombrársele tutor debe encontrarse ya incapacitado y que este caso no es aplicable a los meros incapaces naturales.

No obstante, existe una segunda causa de aplicación que es el desamparo. Entendemos que esta es aplicable solo en el caso en que exista tutor nombrado. Dicho de otro modo, la tutela administrativa se dará si no se nombra tutor al incapaz legalmente incapacitado por no poder encontrar persona alguna (física o jurídica) que se haga cargo de la tutela, y ello porque entendemos que la remisión al artículo 235 CC puede deducirse de la posibilidad que establece el 234-2º CC de que el Juez pueda prescindir totalmente de la lista de posibles tutores establecidos en el mismo. También se dará en aquellos casos en que un incapacitado, aún teniendo tutor nombrado, este no ejerza la tutela de forma idónea, encontrándonos, en este caso, en una tutela que sería análoga a la establecida en materia de menores.

En las I Jornadas de Fисcales de Tutelas y Discapacitados celebradas en Madrid en 2004 se entendió que este último párrafo del artículo 239 CC solo será aplicable en aquellos casos en que, existiendo una declaración judicial de incapacidad, no se haya podido designar o designado tutor a un familiar, persona allegada o persona jurídica idónea. Debe excluirse de este precepto a los discapacitados naturales, puesto que, el artículo 199 CC exige sentencia para considerar que existe una situación de incapacidad, a diferencia del caso de menores en que la minoría de edad viene marcada por un dato objetivo no judicial.

Esto no quiere decir que, con antelación a la sentencia de incapacidad, no se pueda intervenir en defensa del incapaz natural que se encuentre en una situación de verdadero desamparo. Esto se podrá acordar mediante resoluciones en las que se atribuya a esas entidades la protección de personas que aun no hayan sido declaradas incapaces por la vía de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 LEC o 158 CC, pero ya no por ministerio de la ley, sino porque en ese caso concreto se haya apreciado por el Juez la conveniencia de que así se haga.

2.—Creo que, en principio, debe buscarse que la tutela de la Administración Pública sea transitoria en tanto pueda nombrarse un tutor adecuado personal o institucional (caso de las Fundaciones Tutelares). La Administración debe tratar de facilitar la existencia de tutores personales, dándoles ayudas económicas (a través de subvenciones y de beneficios fiscales) y asesoramiento. Entre estos tutores se encuentran las personas jurídicas ya, que a pesar de lo que literalmente establece el precepto, no está en su intención eliminar el artículo 235 por lo que, antes de que entre en juego de forma permanente la tutela de la Administración, podrá acudir a personas que se encuentren fuera del círculo familiar del pupilo o a personas jurídicas. Creo que debe aprovecharse la red de entidades tutelares que ha ido creciendo en toda España. Las entidades públicas deben fomentarlas, dotarlas y, en último extremo, asumir las tutelas que sea imposible establecer o aquellas en que los tutores no ejerzan bien la tutela en tanto no se nombre un nuevo tutor. No creo que la reforma pueda justificar una asunción directa y permanente de las tutelas por parte de la Administración, ya que ello conllevaría una regulación completa de acogimientos, declaraciones de desamparo, etc., similar al caso de los menores desamparados que no se incluye en la reforma. Por otro lado y, por lo dicho, creo que no sería operativo el llevar la tutela automática a sus últimas consecuencias, pues, podría suponer un problema mas para el ejercicio efectivo de la guarda de hecho lo que redundaría en perjuicio de una correcta protección del incapaz.

3.—En último lugar, debemos afirmar sin ambages que si el incapaz esta atendido por un guardador de hecho que atienda correctamente al mismo, no puede considerarse que exista desamparo a los efectos de la asunción de la tutela automática por parte de la Administración, ya que faltaría el elemento objetivo de la situación de desamparo. En ese caso, debería nombrarse tutor al guardador, dadas sus especiales relaciones con el incapacitado, si este carece del mismo o remover al tutor anterior por ejercicio inadecuado de la tutela y posterior nombramiento del guardador.

c) La autodemanda de incapacitación

La reforma del artículo 757-1º LEC, en la redacción dada por la LPAPAD, legitima al presunto incapaz para poder presentar demanda de incapacitación.

Quizás podría haberse prescindido de esta novedad, que parece creada por inercia con la autotutela, dados los problemas de distorsión en el sistema que plantea.

Por un lado, parece complicado que quien se encuentre con una alteración o enfermedad permanente que le impida gobernar su persona o sus bienes, que es la causa de la incapacitación, se encuentre en condiciones, y tenga capacidad bastante, para poder decidir válidamente sobre su posible declaración de incapacidad, puesto que o no podrá o, en el supuesto contrario, podremos dudar de que exista causa de incapacidad.

También se presentarían problemas a la hora de otorgar el poder correspondiente a favor del procurador que le represente en el proceso.

Por otro lado, la situación procesal que se crea es tachable de absurda, puesto que no llega a entenderse, con los parámetros y criterios genéricos y habituales, que el que siempre ha sido demandado en los procesos de incapacidad sea ahora también, y a la vez, demandante. Se uniría en la misma persona las dos condiciones, como parte procesal, de actor y de demandado. La demanda únicamente se dirigiría contra el Ministerio Fiscal, que tendría que intervenir en contra del propio titular del derecho que trata que se le declare incapaz, oponiéndose a la pretensión de que se declare incapaz al propio demandante, ya que no cabe ni el allanamiento ni la transacción.

Entendemos que, en estos casos, es imposible acudir a la figura de la sustitución procesal, o nombrar al presunto incapaz un defensor judicial al amparo del artículo 8 LEC, puesto que es de suponer que el legislador habrá tenido en cuenta la especial situación en la que el mismo se encuentra y, aun así, le ha otorgado esa legitimación para demandar. Caso distinto es el de la legitimación para promover la reintegración de la capacidad previamente declarada. En este supuesto se parte de la presunta falta de capacidad de quien ha sido declarado incapaz, y, dada su especial situación, con falta de capacidad para comparecer en juicio, es por lo que la LEC prevé que se le autorice judicialmente para que pueda interponer la demanda. En todo caso, se nos antoja perturbadora esta legitimación al propio presunto incapaz, porque crea una confusa situación procesal, en cuanto a la posición que ostenta cada interviniente, y porque no era necesaria tal reforma, ya que se cumplía esa opción de que el presunto incapaz pretendiera que se le declarara incapaz mediante la demanda que podría formular el Ministerio Fiscal, en cuyo caso podría contar con la colaboración procesal del defensor judicial que se le nombraría al demandado. Esto es, que se podría haber mantenido la situación actual sin merma alguna de garantías.

III.— ASPECTOS DE INTERÉS PARA EL FISCAL DE LA LEY SOBRE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

La segunda ley que en materia de discapacidad nos ha traído el año 2003 y que vamos a comentar en este trabajo, es la 51/2003 de 2 de diciembre sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta ley, si bien tiene aspectos positivos, tiene como principal lastre el que incide en aspectos que la Ley de Integración Social de los Minusválidos no ha desarrollado tras 23 años de vigencia y que, incluso en algunos de ellos, es menos avanzada por lo que ha sido criticada por algunas asociaciones de afectados.

En su exposición de motivos esta ley parte de que todas las personas con discapacidad tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

Con cita de los artículos 14, 9-2º y 49 CE introduce como estrategias de intervención dirigidas a llevar a cabo las finalidades de la Ley las de «lucha contra la discriminación» y la de «accesibilidad universal».

Sobre esta ley ya hemos hablado en un trabajo anterior.

El tema más interesante en esta materia y, sin duda el que más nos afecta como Fiscales, es el de la legitimación. El artículo 19 LIONDAU establece que *«sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación»*.

Ciertamente que la ley no contempla la legitimación del Fiscal, pero podemos preguntarnos si esta es posible en aquellos casos en que, incumpléndose las disposiciones de la LIONDAU, el discapaz se encuentra en una situación de desamparo por carecer de representación legal necesitándola o, aún teniéndola, por su entorno económico y social presente especiales dificultades para poder ejercitar las acciones que la ley le permite. Nosotros creemos que es así, ya que esta ley incide directamente, como hemos visto, en derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (pensemos en el derecho a la igualdad del artículo 14 CE en relación con el 9-2º del mismo cuerpo legal) y afecta a personas especialmente necesitadas de protección (artículo 124-1º CE y 3-3º y 7º EOMF). Todo ello hace que creamos que el Fiscal pueda tomar la iniciativa a petición de las personas afectadas o actuando de oficio cuando llegue a su conocimiento incumplimientos de los preceptos establecidos en esta Ley.

Además, frente a lo que pudiera parecer, no nos encontramos ante algo inusual o extraño. Son habituales en la actuación del Ministerio Público este tipo de acciones.

Como botón de muestra podemos destacar la denuncia que la Sección de Menores de la Fiscalía del TSJ de Madrid presento a principios del año 1999 sobre la negativa del INSALUD a atender a determinados menores hijos de inmigrantes irregulares por carecer de cartilla de la Seguridad Social.

El Defensor del Pueblo en su Informe de 1999 refleja de esta manera los sucesos:

«Con ocasión de algunas noticias aparecidas en los medios de comunicación sobre lícitas actuaciones de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con la falta de atención sanitaria de un número determinado de menores de edad, hijos de inmigrantes en situación irregular en España, y reiterando diversas iniciativas tomadas con anterioridad por el Defensor del Pueblo ya desde el año 1992, se inició queja de oficio sobre este asunto. El Ministerio de Sanidad y Consumo informó detalladamente sobre la asistencia sanitaria prestada a cada uno de los menores a que se referían las actuaciones de la Fiscalía y remitió unas instrucciones generales, dirigidas a la Presidencia del Instituto Nacional de la Salud y a la Secretaría del Consejo Interterritorial de Salud, en las que se establecía la obligatoriedad de prestar asistencia sanitaria a todos los menores de edad extranjeros que se encuentren en territorio nacional, cualquiera que sea su situación en cuanto a la residencia. Envío, asimismo, copia de las instrucciones dictadas por la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud para regular, con carácter provisional, la expedición del documento acreditativo del derecho a la asistencia sanitaria a los menores extranjeros, aun cuando no tengan establecida legalmente su residencia en España; instrucciones que no son de aplicación a aquellos menores extranjeros que tengan reconocido el derecho a la asistencia sanitaria pública por cualquier otra vía o título.»

Otra intervención similar de la misma Fiscalía fue dirigida a conseguir la puesta en marcha de una Unidad Psiquiátrica Infanto-Juvenil en la Comunidad de Madrid, para lo que se amenazó con demandar a la Administración que reaccionó creándola con 25 camas.

En el campo de las Secciones de Protección a las Personas con Discapacidad podemos poner el ejemplo de la de la Fiscalía de Córdoba donde Fernando Santos ha actuado habitualmente siguiendo estos criterios, y su actuación ha sido apoyada por los Juzgados y por la Audiencia Provincial. Veamos algunos ejemplos:

- El Auto de fecha 26 de octubre de 1999 dictado por el Juzgado de 1ª instancia número 2 de los de Córdoba en el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria 285/1999 establecía, a petición del Fiscal, la obligación de la Delegación de Asuntos Sociales de establecer un plan de actuación orientado a la reinserción social de un enfermo cuyo diagnóstico se movía entre una esquizofrenia paranoide de origen idiopático y un trastorno de la personalidad asocial y toxicomanía. El procedimiento se fundamentaba en el artículo 158 CC y en la Ley Andaluza de Atención a personas con discapacidad de 31 de marzo de 1999 que tampoco refleja ninguna especial legitimación del Fiscal.
- Auto del Juzgado de 1ª instancia e instrucción número 1 de Lucena de 1 de febrero de 2000. En este caso, el Fiscal insta, en base al artículo 158-3º (hoy 4º) CC, decretándolo el Juez, el que se ordene a los Servicios de Salud Mental y a los Servicios Sociales Comunitarios para que presenten en el Juzgado un plan de actuación, coordinada y conjunta, respecto a una enferma mental con abundante problemática social.
- La actuación que dio lugar al Auto de la Audiencia Provincial (1ª), Pte. Baena Ruiz, de fecha 28 de enero de 2002 en procedimiento de jurisdicción voluntaria 709/2001 del Juzgado de 1ª instancia número 1 de Córdoba. A través del artículo 158-4º CC consigue la ampliación del horario en que una madre puede visitar a su hijo internado en un Centro para Discapacitados. Indica la Audiencia en su resolución:

«(...) el Ministerio Fiscal no solicita la anulación de ningún artículo reglamentario, sino únicamente que se adopten medidas en beneficio de un incapaz, conforme al último párrafo del art. 158 del Código Civil, consistente en permitir a la madre el libre acceso al Centro donde se halla internado, sin sujeción a horario, por las concretas condiciones coyunturales que en él se dan.

Así, este Tribunal quiere dejar claro que ni se trata de dejar sin efecto el artículo 30 del Reglamento mencionado ni de asumir funciones reglamentarias, sino, simple y llanamente, de resolver un caso singular y

concreto, por las razones que se aduce, que ni supone expansión «erga omnes» ni una pretensión de alterar el buen funcionamiento del Centro, siendo claro, como ha afirmado el Ministerio Fiscal en su brillante alegato, que no se pretende impulsar conductas abusivas sino usuales, normales y favorecedoras de seres limitados pero con más comprensión de los que muchos creen en el terreno de la afectividad y los sentimientos como es constatable, también, en geriátricos con seres que padecen demencia senil, en mayor o en menor grado, pero que notan el calor de sus seres queridos, sin que ello sea poner en duda el buen hacer y el trato de los profesionales que los atienden.

Es por ello que no es objeto de la resolución combatida dejar sin efecto el Reglamento aprobado por la Excma. Diputación sino la de arbitrar una solución, no contemplada en él, en razón a una circunstancia ajena a sus previsiones pero de enorme importancia para el favorecimiento del incapaz, como dejar claro las periciales practicadas.

TERCERO.— Desestimando tal motivo del recurso se ha de examinar el que se formula, con carácter subsidiario, cual es, el de que el horario previsto para visitas sea el rígido reglado sin excepción alguna.

Pues bien sobre tal cuestión se pronuncia el Juez «a quo» con claridad y con apoyos legales y periciales, sin que la recurrente, en su escrito de formulación del recurso, se detenga a desmontar la resolución, haciendo ver, con alegaciones y pruebas de contrario, que la medida adoptada respecto de este incapaz sea perjudicial para el buen funcionamiento del Centro o invasora de los derechos fundamentales de los restantes internos.»

El Juez de instancia había basado su decisión en que el discapaz padecía graves problemas intestinales que requerían especiales cuidados y atenciones en cuanto a alimentación, por lo que la presencia de su madre en el momento de las comidas era beneficioso para el mismo, lo que, como vemos, es ratificado por la Audiencia Provincial.

- Incidente de adopción de medidas en el procedimiento de menor cuantía 239/1994 del Juzgado de 1ª instancia número 4 de los de Córdoba. En el mismo, a instancias del Fiscal, se ordena a los cuidadores de un Centro de Discapacitados Psíquicos el que ayuden a la madre de una usuaria a subir a su hija al autobús que la trasladaba al Centro.

Creemos que estos ejemplos son suficientemente ilustrativos de cómo podemos actuar para que las declaraciones de esta Ley no queden en una mera declaración de principios, sino que sean instrumentos reales de igualdad e integración.

8.– LA GUARDA DE HECHO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

8.— LA GUARDA DE HECHO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.— Introducción

La figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, hasta tal punto que en el Anteproyecto privado de reforma dirigido por Díez-Picazo se expresaba la convicción de que la mayoría de los casos de protección se ejercían a través de esta figura. Esta extensión se debe, fundamentalmente, a la desconfianza hacia las formalidades legales, el desconocimiento social y el temor a las costas del procedimiento, por parte del ciudadano de a pie. Son escasas las incapacitaciones que se producen en la práctica por lo que la importancia de esta institución es innegable. Es precisamente antes de que se declare la incapacitación cuando la guarda de hecho alcanza su principal incidencia. Pero este no es su único campo de actuación porque, como veremos, también puede surgir en casos de desaparición del tutor o abandono del pupilo por el mismo. Incluso, algún autor se ha planteado, sobre todo en el caso de los ancianos ingresados en residencias, si en determinados supuestos se podría obviar el procedimiento de incapacitación permitiendo que la guarda del anciano se ejerciera a través de esta institución con el pertinente control judicial. Como hemos defendido en diferentes lugares, para graduar la capacidad y comprobar la afectación del autogobierno, como elemento fundamental de las causas de incapacitación, es necesario poner los efectos que la enfermedad origina con las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. Para determinar que una persona debe ser incapacitada debe valorarse que necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y que no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del art. 200 CC. Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en una residencia, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la residencia, quedándole solo unas pesetillas para sus pequeños gastos. En estos casos, la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no esté ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas). Esto no quiere decir que ese anciano se encuentre totalmente desprovisto de la pertinente protección judicial, sino que tenemos la posibilidad de hacerlo a través del control judicial de la guarda de hecho que realiza el Director del establecimiento residencial.

Sabemos que la regla en nuestro derecho es la presunción de capacidad en tanto no se decrete la incapacitación, de donde se infiere que la sentencia de incapacitación es constitutiva y de eficacia irretroactiva. Por ello, sólo podemos hablar de la discapacidad no decretada como situación fáctica y nunca como estado jurídico, por lo que podemos obtener dos consecuencias:

- 1ª.— Que la discapacidad como hecho sólo puede darse antes de haberse iniciado el proceso de incapacitación, por lo que es incorrecta la nomenclatura legal que utiliza la misma expresión —presunto incapaz— para referirse a dos hipótesis totalmente distintas: la de los afectados por un proceso de incapacitación y la de los discapaces antes de haberse iniciado proceso alguno.
- 2ª.— Que el régimen de la guarda de hecho está especialmente diseñado en contemplación —valga la redundancia— del discapaz de hecho, lo que implica un reconocimiento de que la incapacidad no decretada puede llegar a crear un estado de cosas susceptible del amparo de una tutela fáctica que, como tal, tiene que gozar de una cierta posesión de estado.

Como indica Gete-Alonso y Calera, la guarda de hecho se delimita como una institución de protección privada que actúa como cierre de todas las demás. La misma no exige que todo el proceso desemboque en una incapacitación judicial y, en muchos casos de personas ancianas, no ocurre así.

A pesar de esa gran trascendencia práctica, son pocos los casos de guarda de hecho que han llegado a los Tribunales, debido sobre todo al desconocimiento por parte de los organismos formales de la existencia de los mismos. Del mismo modo, la parca regulación de la misma hace que los juristas prácticos sean reacios a utilizarla antes las dudas y la inseguridad jurídica que provoca, clamando de forma unánime la doctrina por una regulación más completa y acabada.

A estas dificultades se añade el que parece que el derecho mira con desconfianza a los guardadores de hecho por la inexistencia de un control sobre los mismos. Lasarte la llama «*mecanismo protector de los más humildes económicamente*» y propugna que el acercamiento a la misma este inspirado en la consideración y el encomio al guardador de hecho que, sin obligación alguna, asume las responsabilidades inherentes a la labor tuitiva.

Son muchos los casos en los que existen personas con causa de incapacitación pero no existe sentencia de la misma por lo que no hay guarda legal. Esta guarda se ejerce normalmente por familiares de los incapaces, si bien otras veces se realiza por amigos, organismos de ayuda o por los centros donde los discapaces se encuentran internados.

II.— ¿Que debemos entender por guarda de hecho?

Como ya hemos indicado, la guarda de hecho, es una institución que, aunque existía ya en la dinámica social, se introdujo y reconoció en el CC con la reforma de 1983, con la intención de regular jurídicamente a aquellas personas que desarrollaban funciones tuitivas, careciendo de nombramiento como tutor o curador. Como expresa Afonso Rodríguez, esta figura es compleja, dado que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, de forma completamente voluntaria y sin ningún régimen legal, y de forma superpuesta con la guarda legal.

Así, a pesar de la falta de una definición legal de la misma, la doctrina científica viene definiendo la guarda de hecho en función de dos rasgos básicos, uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico. Se indica que, debido a esa falta de definición legal, todo modo de guarda continuada, personal o patrimonial, que no se constituya como patria potestad, tutela o curatela se engloba en la guarda de hecho que, por su carácter fáctico, admite todas las posibilidades, pudiendo el guardador asumir funciones de tutor o de curador, como luego veremos .

Cuando hablamos de guarda de hecho es preciso diferenciar entre dos posibles fases:

- Por un lado, la guarda de hecho stricto sensu, verdadera situación de hecho, que, no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino, tan solo, producir ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado.
- Por otro, la misma una vez que se comunica a la autoridad judicial, ya que, a partir de ese momento la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características que la acercan a las de los cargos tutelares, en los que es esencial el control judicial, y nos creara la duda de si le son aplicables las normas establecidas para dichos cargos.

Siguiendo esta idea podemos definirla, siguiendo a Albacar y Martín–Granizo, como el ejercicio, con respecto a menores o incapaces, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales. El guardador de hecho será aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma. Esta figura, que carece de definición en el Código Civil, supone simplemente la constatación de la existencia de facto de una actividad protectora, al que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que esta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca. Desde el momento en que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, es una guarda de Derecho, pues este la contempla y regula, y que se caracteriza por estar desprovista de forma. Y ello porque la guarda de hecho no deja de tener importantes consecuencias jurídicas.

En el campo jurisprudencial, podemos encontrar definiciones como la del Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de abril de 1999 que considera que existe siempre que alguien, sin estar investido oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor o incapaz, asume y ejerce de hecho tales funciones.

La escasa regulación jurídica de la guarda de hecho hace que podamos pensar que estamos ante una institución no querida por el derecho que busca su transitoriedad o finalización una vez la contempla, pero esto no es, ni debe ser, así. Al contrario, si algo se constata en la vida diaria es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver las cuestiones que constantemente se presentan. A pesar de ello, existen importantes reticencias de muchos profesionales para el uso de la guarda de hecho, lo que hace que la misma se encuentre infrautilizada. Es preciso, además, señalar que el hecho de que exista esta pulcra regulación no justifica el pensar que el derecho repruebe esta figura. Al contrario, la existencia de un reconocimiento legal de la misma, hace que, una vez constatada y controlada por la autoridad judicial, podemos hablar de «*guarda informal o provisional*», no siendo correcto hablar ya de guarda de hecho puesto que cuenta con idéntico respaldo legal que el resto de las figuras protectoras. Con la constatación la guarda de hecho deviene guarda de derecho.

La doctrina se encuentra dividida con respecto a que situaciones de la realidad pueden ser encuadradas en el concepto jurídico de guarda de hecho. Como punto de partida, y de acuerdo con la definición que ya hemos establecido, debemos decir que existirá guarda de hecho siempre que una persona realice funciones de guarda sin estar formalmente designada. Pero este primer acercamiento no basta para resolver la cuestión.

Dentro de la doctrina dos posturas fundamentales podemos contemplar:

- Por un lado se encuentra la postura amplia representada, entre otros, por Moreno Quesada, Sancho y Ventoso Escribano. Para ellos, entrarían dentro del concepto los que se apoderan del cargo sin título, o por delegación arbitraria del nombrado, el tutor inhábil o irregular – por omisión del inventario o fianza–, o la tutela putativa – por nulidad del testamento en que se establece, existencia de pariente preferente desconocido, etc...–. Para este sector doctrinal el artículo 303 CC no prohíbe ni impide esta interpretación y, con ella, el incapaz, cuyo beneficio es la base de toda su regulación jurídica, recibe una mayor protección. La principal objeción que puede hacerse a esta postura amplia se encuentra en la remisión que el artículo 303 CC hace a los artículos 203 – hoy 757-2º y 3º, así como 762 LEC– y 228 del mismo cuerpo legal, que se refiere al «*presunto incapaz*», por lo que parece que solo incluye las guardas que se dan cuando no se ha establecido una declaración de incapacidad o tutela previa. No podemos estar de acuerdo con dicha postura, puesto que podemos encontrarnos ante casos en que el tutor haga dejación de sus funciones y las realice un tercero, bien por habérselas encomendado el tutor, bien por otros motivos, debiéndose, en beneficio del incapaz, establecer los deberes, facultades y responsabilidades de ese tercero. Además, toda guarda continuada que no se constituya como tutela, patria potestad o curatela, se engloba bajo la rúbrica de guarda de hecho, ya que no existe una definición legal de la misma, y que admite, por su carácter fáctico, todas las posibilidades.
- Por otro lado, está la postura restringida, que cuenta entre sus partidarios con Cano Tello y Bercovitz. Consideran estos autores que si existe tutor formalmente constituido el que ejerce una guarda con su aprobación es un mero auxiliar del mismo. La remisión a otros preceptos legales que realiza el artículo 303 refleja que la ley limita la misma a los casos de tutela no constituida. Si el nombrado tutor no reúne todos los requisitos, habrá que ver si estos son o no esenciales – no lo sería, por ejemplo, la fianza, si parece serlo el inventario–, para considerar si estamos ante un tutor o no. Tampoco habría tutela de hecho si se continúa ejerciendo el cargo después de haberse extinguido, porque ni de derecho, ni de hecho, puede ejercerse lo que no existe, sino que, en este caso, nos encontraríamos ante una gestión de negocios ajenos. De esta forma, reducen la guarda de hecho a la sumisión espontánea de funciones tutelares y al ejercicio de la tutela por persona inhábil. A nuestro entender estas posturas confunden el delegado del tutor con el auxiliar del tutor. El delegado del tutor es un guardador de hecho, ya que el cargo de tutor es personalísimo y no puede ser delegado. Si el tutor abdica o delega en un tercero, aunque sea la mera compañía del tutelado, nos encontraríamos ante un verdadero guardador de hecho.

En esta corriente parece situarse el artículo 253 del Código de Familia de Cataluña que define la guarda de hecho como «*la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela*». Exige, por ello, que la persona no haya sido incapacitada por lo que parece mantener un sentido restringido. Como refuerzo de esta concepción el artículo 254-1º 1 impone al guardador o guardadora de hecho la obligación de poner en conocimiento del organismo competente en protección de menores, si se trata de un menor, o de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, en otro caso, el hecho de la acogida a los efectos de que se regularice la situación.

Creemos que la más correcta es la interpretación amplia de la guarda de hecho. En primer lugar, porque el artículo 303 no impide esta interpretación. Y en segundo, y más importante, porque el incapaz encuentra una mejor protección con este planteamiento.

Otro problema que se plantea para la determinación de los supuestos en los que puede existir guarda de hecho es el de determinar que personas pueden verse sometidas a esta institución de protección. Según indica el artículo 303 CC pueden serlo los menores y los presuntos incapaces. En lo que se refiere a los incapacitados por sentencia, la lógica y el artículo 761-2º LEC – que ha sustituido al antiguo 213 CC–, al incluir entre las personas legitimadas para la rehabilitación de la capacidad a quienes tuvieran la guarda de un incapacitado, como figura diferente a la del tutor, nos lleva a admitir la posibilidad de que la guarda de hecho afecte a los mismos.

Podemos añadir que puede darse el caso de la existencia de un guardador de hecho estando constituida la tutela, en aquellos casos en que el tutor, por imposibilidad o dejación, no ejerza sus funciones, y así se haga por un tercero sin investidura formal alguna.

De las dos posturas puede deducirse que la guarda de hecho está vinculada a la existencia de una persona menor, incapacitada o, al menos, incapacitable por estar dentro de los supuestos del artículo 200 CC, hecho este que justificara con posterioridad la legitimación del guardador de hecho. Ahora bien, no podemos condicionar de forma absoluta la validez de la guarda de hecho a que la persona sea luego incapacitada con sometimiento a tutela o, al menos, a curatela, o, en el caso de menores, que este se encuentre en situación de absoluto desamparo y así sea declarado judicial o administrativamente. Si así lo exigiéramos privaríamos de eficacia a la figura, exigiéndole los mismos requisitos que a la guardia formal lo que sería totalmente ilógico y dejaría fuera del campo de protección situaciones tan necesitadas de amparo como las descritas en la norma. La guarda de hecho se configura como una cláusula de cierre de los distintos mecanismos de protección jurídico-privados, lo que es un argumento más a favor de la defensa de la interpretación amplia que antes hemos expuesto y de que no se pueda exigir que el proceso desemboque, para darle validez, en la efectiva declaración judicial de incapacitación. Según Gete-Alonso y Calera, lo que la norma exige es que, el mayor de edad, se encuentre en una situación en la que, por su estado físico o psíquico no pueda cuidar de su persona, de sus bienes, o de ambos a la vez y esto implique un riesgo para sí mismo o para los demás. Por ello, no es exigible el demostrar que la persona guardada este afectada por una causa de incapacitación con la misma rigidez que cuando se pretende su incapacitación judicial, debiendo reservarse este procedimiento para las situaciones más graves y permanentes, bastando la demostración de una situación de riesgo o peligro personal o patrimonial en el guardado con una cierta permanencia.

Otro problema hace referencia a si la institución incluye la tutela y la curatela – pudiendo hablarse de curador de hecho–, o solo la tutela. En nuestra opinión existe un solo guardador de hecho, y lo que hay que plantearse es si este puede serlo ejerciendo funciones propias de un tutor, un curador, o un defensor judicial. Un sector de la doctrina plantea la postura contraria. En cuanto al curador se dice que dado que el mismo solo asiste en aspectos de carácter patrimonial completando la capacidad del incapacitado, no se puede hacer sin tener facultades legales para ello. En cuanto al defensor judicial estaríamos ante una contradicción en los términos. Si es judicial no es de hecho, si es de hecho no es judicial. Pero puede ocurrir que exista conflicto de intereses con los representantes del menor o incapacitado y otra persona asuma la representación, siendo casi imposible distinguir esa actuación de la del tutor de hecho y del gestor de negocios ajenos.

Para nosotros, en realidad, no existe un tutor, un curador y un defensor de hecho, como figuras independientes; sino que tan solo existe una figura unificada de guarda de hecho que ejerce cualquiera de las funciones propias de las figuras tutelares – tutela, curatela o defensa–. No es inconcebible que alguien, de hecho, pueda ejercer funciones propias de la curatela o de la defensa judicial.

Debemos tener en cuenta que la guarda de hecho cubre toda la esfera personal y patrimonial del menor o incapaz ya que el que la ejerce suele gestionar los bienes de este. Además, su naturaleza de institución de hecho hace que su ámbito pueda variar, alcanzando tanto al patrimonio del incapaz, a su persona o a su ámbito familiar.

III.– La constatación de la guarda de hecho.

El principal obstáculo al que se enfrenta la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación en el mismo de su existencia. Esta dificultad de constatación dificulta su efectividad, crea una importante inseguridad jurídica, y provoca en los guardadores una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico.

Esto provoca que la intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico normalizado, aquel que se hace a través de instrumentos públicos y con inscripción registral, se encuentra fuertemente restringida creando de hecho una imposibilidad de actuación negocial del discapacitado no incapacitado judicialmente, lo que deja sin pleno contenido al artículo 304 CC. Como indica Leña Fernández, uno de los Notarios que más se ha ocupado de esta problemática

«Ante la falta de capacidad evidente de los discapacitados que, en ocasiones, nos presentan a los notarios, con la pretensión de documentación de una determinada actuación negocial por su parte, no tenemos más remedio que, o bien negar la posibilidad de otorgamiento del negocio jurídico pretendido, remitiéndolo a un momento posterior a una incapacitación judicial que aconsejamos pero que los familiares no quieren afrontar, o bien admitir la actuación negocial, en representación del discapacitado, de la persona que lo tiene bajo su cuidado como guardador de hecho. Sin embargo, son escasísimas las veces que los notarios y, en general, los profesionales del Derecho, accedemos a la utilización de esta última posibilidad dada la inseguridad jurídica en que se desenvuelve la figura».

Ante esta situación, lo primero que debemos afirmar es que la guarda de hecho es una institución de hecho. Ello significa que existe con independencia de la existencia de un documento formal que declare su existencia. Ahora bien, la realización de actividades de carácter fundamentalmente patrimonial (gestión de cuentas bancarias, firmas de contratos de arrendamiento de cosas o servicios, incluso el acceso a escritura pública de determinados actos dispositivos) es difícil sin un documento que acredite las facultades de administración y, en su caso, representativas de una persona que carece de una representación legal.

Por ello, se han buscado mecanismos que permitan constatar o acreditar que esa guarda de hecho existe. Lógicamente, la resolución derivada no crea la situación, sino que reconoce su existencia para darle virtualidad, y sirve de título que ampare al guardador en su función.

Varios son los mecanismos que pueden utilizarse para este menester:

- 1.— Constatar la existencia de la guarda de hecho a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria finalizado por una resolución judicial que declare frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada²⁶. Este procedimiento podría ampararse en los artículos 158–4º CC o a través de las medidas cautelares establecidas en el artículo 762 LEC. El principal problema que presenta este medio de constatación es que la actividad jurisdiccional es demasiado lenta para la resolución de los problemas que se van presentando. Si el guardado ha sido ya declarado incapaz por sentencia o es menor, el nombramiento de tutor ordinario tardara lo mismo y será más conveniente por lo que no tendrá sentido la constatación de la guarda de hecho. Si se hace a través de medidas cautelares en el procedimiento de incapacidad, sería más conveniente el nombramiento de un administrador o de un defensor judicial por lo que también, en este caso, carecería de virtualidad la afirmación de la existencia de un guardador de hecho. Quedaría limitada, por ello, el seguimiento de esta vía a los casos de persona no incapacitada legalmente, ya que el procedimiento de incapacidad tiene una mayor duración que el de jurisdicción voluntaria.

Santos Urbaneja refleja como pasos de dicho procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes:

- a.— Escrito dirigido al Juzgado de 1ª instancia del domicilio del guardado.
- b.— Práctica de la prueba. En ella pueden incluirse reconocimientos médicos, audiencias, reconocimientos periciales, etc.
- c.— Informe del Ministerio Fiscal.
- d.— Auto del Juez por el que se declara que existe la situación de guarda de hecho y se habilita al guardador para llevar a cabo lo pretendido por estimarlo beneficioso para el guardado.

Añadamos que este procedimiento, tal como establece la Disposición Adicional Tercera de la LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, no necesita abogado ni procurador, y la eventual oposición de un tercero no supone el archivo del expediente.

²⁶ Hoy la nueva ley de jurisdicción voluntaria de 2015 ya establece un procedimiento específico en su artículo 52.

Este procedimiento se está utilizando con un buen resultado para determinadas actuaciones sin trascendencia registral. En las de naturaleza registral ni los notarios, ni los registradores están admitiendo la realización de estos actos, si bien algún sector del Notariado a título particular defiende la posibilidad de la admisión de estos actos.

Nosotros también manteníamos, en otro lugar, la posibilidad de la constatación de la guarda a través de un decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo para ello, debido a que su naturaleza de hecho hace que cualquier constatación de la situación hecha con suficientes garantías baste para certificar su existencia. Leña, por el contrario, cree que ni el decreto fiscal, ni la resolución judicial serían aptas para la constatación de los casos de guarda de hecho ya que, por imperativo de los artículos 228 y 204, tanto el Juez como el Fiscal que conoce este hecho deberán dejar sin efecto la guarda de hecho entrando a funcionar el artículo 299 bis CC con el nombramiento, en su caso, de un administrador judicial ya que los aspectos personales corresponden al Ministerio Fiscal.

Nosotros no compartimos dicha opinión. El nuevo artículo 757-3º LEC, como ya hacia el 204 CC, establece solo para el Juez la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona para que este, de acuerdo con el artículo 757-2º, valore la conveniencia de presentar la demanda de la incapacitación, ya que, si bien el precepto habla de deberá, y tal como indica la FGE en su Circular 1/2001 de 5 de abril de 2001, sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, *«el Ministerio Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacitación o de declaración de prodigalidad, cuando no lo haga ninguna de las personas mencionadas en los apartados 1º ó 5º del artículo 757 LEC, con la única excepción de la incapacitación de menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757-4º LEC). La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el artículo 757-3º LEC, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el artículo 762-1º LEC, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación «si lo estima procedente»».*

De esta interpretación se deduce que el Juez al que le llegue la noticia de una persona que por su falta de autogobierno deba ser dotada de una protección legal, adoptará de oficio, según el artículo 762-1º LEC, las medidas de protección que se estimen pertinentes y comunicará al Fiscal la situación para que este valore la conveniencia de la incapacitación. Como las medidas protectoras que el Juez puede adoptar no están determinadas y tienen un carácter abierto, y como vemos al hablar de las actuaciones de control de la guarda de hecho, el Juez puede perfectamente mantener esta si la misma colma las necesidades de protección del discapaz y no es precisa una intervención más intensa, lo que ocurre en muchos casos. En cuanto a la incompatibilidad de estos mecanismos de constatación con el artículo 228 CC, tampoco nos encontramos de acuerdo por dos motivos. El primero, es que, si el discapaz ya está incapacitado y la guarda de hecho se da por una mala actuación del tutor, el mismo no sería aplicable *strictu sensu*. Si no está incapacitado, este artículo sería inaplicable como tal hasta que no exista sentencia de incapacitación, lo que nos llevaría a la reflexión realizada anteriormente.

2.- LA UTILIZACIÓN DEL ACTA NOTARIAL DE NOTORIEDAD.

Indica Leña Fernández, que para que se produzca la situación fáctica en que consiste la guarda de hecho es necesaria la prueba de tres circunstancias:

- a.- La existencia de una discapacidad en una persona con suficiente entidad, en principio, para dar lugar a una falta de capacidad negocial.
- b.- La inexistencia de incapacitación judicial o de procedimiento para ello, ya que, en este caso, podría haberse nombrado un administrador judicial o un defensor judicial con facultades de actuar en nombre del discapaz. Si este nombramiento no se ha hecho podría darse la guarda de hecho.
- c.- La existencia actual y prolongada en el tiempo de una situación de cuidado y asistencia del discapacitado por parte de una persona determinada.

Para la constatación de la existencia de estas circunstancias propone la utilización de la vía que, en nuestro ordenamiento, se utiliza para la constatación jurídica de las situaciones fácticas extrajudiciales (así ocurre, por ejemplo, con la declaración de herederos abintestato): el acta de notoriedad notarial.

Este acta debería estar promovida por el guardador de hecho, sin que el Notario este obligado por la vía del artículo 757-3º LEC o 230 CC a poner en conocimiento del Fiscal la existencia de dicha guarda ya que no puede considerarse autoridad, ni funcionario público. En cuanto a las distintas circunstancias que pueden probarse debemos manifestar:

- El artículo 156-8º, en relación con el artículo 167, ambos del Reglamento Notarial, establece la obligación de los Notarios de valorar la capacidad civil o legal de la persona que comparece ante él para la realización de un acto jurídico concreto. Para ello deberá examinar e identificar al presunto discapacitado, solicitar informes de facultativos sobre ello, hablar con los familiares y allegados, examinar la documentación que se le presente como pueden ser los certificados de minusvalía de las unidades de valoración, etc.
- Para probar la inexistencia de incapacitación le bastará con la partida literal de nacimiento y certificaciones negativas de los Registros Civiles de los últimos domicilios del discapaz en que se manifieste la inexistencia en el Libro de Tutelas de inscripción alguna sobre esa persona. Esto se podrá complementar con una declaración jurada del guardador instante de que dicha incapacidad no ha sido instada.
- El artículo 164 del mismo añade que *«la intervención de los otorgantes se expresara diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso el documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, y no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.»*.
- El ejercicio prolongado en el tiempo de la guarda de hecho podrá acreditarse por testigos, declaración de otros familiares, certificado de convivencia, inclusión en la cartilla médica, etc.

El procedimiento a seguir sería el siguiente:

- 1º La persona que requiera al Notario deberá demostrar interés legítimo, y afirmar bajo su responsabilidad, la certeza de la relación que se trata de acreditar por notoriedad, bajo pena de falsedad en documento público.
- 2º El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, haciendo los requerimientos y notificaciones personales o por edictos que considere necesarias.
- 3º Las personas que pudieran verse afectadas a juicio del Notario, serán notificadas directamente y tendrán el plazo de veinte días para alegar lo que estimen oportuno, interrumpiéndose la instrucción del acta si se acredita que existe juicio contradictorio relativo a lo que se trata de acreditar por notoriedad.
- 4ª En el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos cuya declaración de notoriedad se pretende.
- 5º El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta.

Dicho de otro modo, es posible que el Notario, cuando se encuentre ante una representación de la que conozca (o llegue a conocer por notoriedad) pueda permitir la actuación en representación de una persona sin capacidad suficiente en un determinado acto jurídico. El principal problema para el mantenimiento de esta tesis está en preguntarnos si la guarda de hecho puede catalogarse o no como representación legal.

Si consideramos que si lo es nada obstará a que, por acta de notoriedad, se lleve a cabo su constatación con plenos efectos jurídicos a través de este sencillo procedimiento notarial. Y ello, porque, como indica el Reglamento Notarial, las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica. Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior, siendo por lo tanto suficiente para intervenir en el tráfico jurídico.

Ahora bien, la afirmación de considerar la guarda de hecho como representación legal sabemos que no deja de plantear problemas, ya que no se encuentra recogida expresamente como tal en nuestra legislación. No obstante, creemos que si es posible deducirla del artículo 304 CC puesto en relación con el principio fundamental informador en esta materia que es el del mayor interés del incapaz.

3.— LOS DIRECTORES DE LOS CENTROS RESIDENCIALES EN QUE SE ENCUENTRA EL INCAPAZ COMO GUARDADORES DE HECHO.

Cuando el incapaz se encuentra residiendo y siendo atendido en un centro residencial, se encuentra atendido por la entidad titular del mismo, siendo la persona que materializa esta guarda el director como máximo responsable del centro. Por vivir allí cotidianamente el discapaz, el director es guardador de hecho en esa cotidianidad y en el campo personal, lo que conlleva para él obligaciones y derechos que deben clarificarse con el fin de evitar conflictos con los familiares del interno, tutores o no. Así lo ha entendido la Audiencia Provincial de Tarragona en su Sentencia de 11-12-2000 que, a efectos penales, considera como guardadores de hecho de los ancianos demenciados residentes al Director y al titular de la residencia en que se encuentran.

Esta guarda, que en muchos casos ha terminado transformándose en tutela formal, se deriva de las particulares obligaciones de los responsables de los centros en caso de desamparo del incapaz – por carencia o total desentendimiento de los parientes—. El Director se encuentra en una, casi automática, situación de guardador de hecho, lo que no deja de plantearle problemas por la aformalidad de la misma por lo que muchos prefieren su designación como tutor, no como deber, sino como garantía de la actuación que como guardadores realizan.

Los principales problemas que afectan a esta guarda de hecho son los siguientes:

- Se ve perturbada por interferencias, a veces continuas y exigentes, de los familiares cuya dejación ha provocado la situación de desamparo, que se creen legitimados a tomar decisiones respecto al incapaz, sin aceptar la intromisión de extraños.
- Al ser el director o la entidad a la que pertenece, el responsable del «*bienestar residencial*» del incapaz, se constituye en «*juez y parte*», y carece de verdadera autonomía a la hora de exigir las mejores condiciones para su pupilo, prevaleciendo su condición de gestor de la residencia, sobre los de encargado de la protección del incapaz.
- La mayor parte de las veces es de difícil ejercicio práctico por mucho interés que el nombrado tenga.
- Precisa del auxilio de profesionales y está sujeta a la burocracia del Centro.
- Se ve afectada por los continuos cambios que pueden darse en el personal y la plantilla dirigente del centro residencial.

Por todo ello, nosotros creemos que es conveniente la formalización como tutor o como guardador designado judicialmente de esta situación, si bien no nombrando a la persona física que ocupa el cargo de Director, sino al cargo en sí o a la entidad titular del Centro sin perjuicio de que la misma comisione a la persona del Director para su ejercicio como tutor delegado. Con ello se evitarían los problemas derivados de los ceses y nuevos nombramientos que harían necesario un nuevo nombramiento judicial, que, de la forma que proponemos, no sería preciso.

Una vez nombrados, es conveniente el apoyo a los guardadores en sus conflictos con los familiares – recordemos que si el nombramiento se ha hecho ha sido porque estos no están dispuestos a asumir la tutela o la ejercen de forma incorrecta— para no tener guardadores que asumen toda la responsabilidad del cargo, sin poder ejercer, con tranquilidad y libertad, la misión para la que han sido nombrados.

En estos casos es preciso un esmerado control judicial y fiscal, para evitar la prevalencia del carácter de gestor, sobre el de protector, revisando directamente, las condiciones de vida del pupilo.

Como ya hemos indicado, para nosotros, en el caso de ser necesaria la actuación del Director del Centro como guardador de hecho, es más operativo el asignar el cargo a la persona jurídica encomendando esta las funciones a personas físicas, sistema que da una mejor protección al tutelado que el nombramiento directo al Director o funcionario. El sistema, además, amplía las posibilidades de dotación tutelar. Seguimos disponiendo de la posibilidad de nombrar tutor al director de un centro – posibilidad que solo alcanza a los internados y en el caso de que el Director o empleado haya llegado con él a un cierto nivel de confianza o relación—, pero, en otro caso, podemos nombrar también a la persona jurídica titular. Existen además otras formulas que podemos utilizar como la de, conservando el nombramiento como tutor en un familiar, nombrar al Centro administrador de la pensión para el cobro de las tasas y la utilización del remanente en beneficio del incapaz en aquellos casos en que el tutor no cumple con sus obligaciones de administrador de la pensión. Ciertamente que, en muchos de los casos, eso es lo único que supone la gestión tutelar.

La guarda de hecho que estamos contemplando se reconoce legalmente en el Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, en cuyo artículo 7-3º se establece:

«El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indican a continuación:

a) Cónyuge o pareja estable conviviente.

b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes.

c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar.

d) Hermanos.

e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al juez o al ministerio fiscal.

Se dejará constancia en el expediente asistencial de los familiares que han intervenido en el ingreso, así como de la comunicación al juez o ministerio fiscal efectuada por la persona que ostenta la guarda de hecho.»

El artículo 7-4º de este Decreto desarrolla las obligaciones derivadas de esa guarda de hecho estableciendo:

«En aplicación de lo previsto en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, cuando el director técnico del establecimiento asuma la guarda de hecho por no haber intervenido en el ingreso las personas que se indican en el apartado anterior, tendrá que comunicar al juez el hecho de la acogida, en el plazo máximo de 15 días.

Esta notificación al juez se ha de acompañar, en relación con la persona acogida, de la documentación siguiente:

a) Un informe médico con indicación de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico.

b) Un informe social con indicación de las circunstancias personales, familiares y sociales.

c) Relación de bienes conocidos respecto a los que se llevará la administración ordinaria o, si es el caso, circunstancias que concurren.

d) El contrato de prestación de servicios con indicación del precio de la estancia mensual y de los servicios complementarios, y el reglamento de régimen interno del establecimiento.

De esta notificación y documentación se tramitará copia al ministerio fiscal, con indicación del juzgado al que se ha enviado.»

IV.– Regulación jurídica de la guarda de hecho.

La primera crítica que podemos hacer a la regulación jurídica de la guarda de hecho es la de la insuficiencia y falta de concreción de la misma. Se dice que la regulación es de carácter parcial, insuficiente y equivoca. La ley no aclara quien puede ser guardado de hecho, ni cuáles son las funciones del guardador, teniendo que acudir a la exégesis interpretativa para solucionar los frecuentes problemas prácticos que se presentan. Ahora bien, esta falta de reglamentación es lógica teniendo en cuenta que estamos ante una institución meramente fáctica que solo tiene sentido al pretender proteger, de forma inmediata, al incapacitado o incapaz o al menor desvalido, teniendo dicha protección un interés prevalente.

Esta interpretación debe realizarse, sin duda, a partir de dos ideas–fuerza fundamentales:

– La finalidad tuitiva que la institución persigue.

– El interés de la persona necesitada de guarda.

Esta deficiente regulación legal hace que esta institución – con una inmensa fuerza para solucionar los múltiples problemas que surgen en la protección y guarda de personas necesitadas de la misma– se encuentre infrutilizada. Es necesario que el legislador se plantee una regulación más precisa en la línea de la utilidad y del respeto a la seguridad jurídica.

Lo único que sí parece clarificar el Código es que se busca que la guarda sea una situación provisional, siendo las medidas a adoptar dirigidas a vigilar al guardador de hecho y a regularizar la tutela. Se refuerza esta idea con el artículo 229 CC que impone al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela, bajo pena de responder de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Además, hay que tener en cuenta, que una vez que llega a conocimiento del Juez la existencia de un guardador de hecho parece que debe iniciarse el procedimiento para la extinción de la misma, si bien esto no es tan claro como veremos después. Esto no ocurrirá en aquellos casos en que exista un guardador de hecho conviviendo con un responsable legal. Desde el momento que hemos admitido la existencia de guarda de hecho en estos casos, y desde que el Juez autoriza el ejercicio de la función dándole incluso cobertura legal, podemos cuestionarnos incluso la transitoriedad de la guarda fáctica. Como indica Álvarez de Toledo:

«Con no ser una institución tutelar en sentido propio, es una situación fáctica que no se opone al ordenamiento jurídico, pues, si así fuera, el Derecho se limitaría a suprimirlo pura y simplemente; pero desde el momento en que faculta –que no impone ni ordena– al Juez para controlar su desenvolvimiento es llano que el Legislador adopta una actitud favorable a su continuidad en el tiempo, dentro de la provisionalidad que es razonable asociar a una situación de mero hecho en tránsito hacia una guarda institucional.»

Parte el Código de la obligación de promover la incapacitación y la tutela y si, a pesar de ello, continúa existiendo un guardador de hecho, se permite al Juez la adopción de determinadas medidas de control. El Código de Familia de Cataluña en su artículo 254–1º impone al guardador la obligación de poner el hecho de la guarda a los servicios de protección de menores, el Juez o el Fiscal, lo que no se contempla taxativamente en el Código Civil^{27*}.

La mayoría de la doctrina entiende que le es aplicable al guardador de hecho lo que, con respecto a derechos y obligaciones, establece la ley para el tutor, puesto que como él es un órgano estable y de actuación habitual y, por tanto, es posible cubrir por analogía la laguna legal que se presenta. Otro sector doctrinal considera que esta equiparación indiscriminada no es posible de forma absoluta, debiendo matizarse en el sentido de que no será así cuando el citado régimen resulte incompatible o inadecuado, o existan normas específicas que la regulen, llegando a indicarse que las instituciones de la guarda de hecho y la guarda legal, pese a cumplir una función similar de protección, las mismas no se encuentran presididas por idéntica ratio por lo que no es posible aplicar la analogía. Así, la ausencia de una mayor regulación de la guarda de hecho no se puede considerar como una laguna legal, sino como una opción consciente del legislador que solo equipara guarda legal y de hecho en lo que respecta al deber de información y el de indemnización.

27* Hoy debe tenerse en cuenta el Capítulo V del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña que expone:

«CAPÍTULO V. LA GUARDA DE HECHO

ARTÍCULO 225.1. GUARDADOR DE HECHO

Es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen.

ARTÍCULO 225.2. OBLIGACIÓN DE COMUNICAR LA GUARDA

1. El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda.
2. En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación, si esta está en un establecimiento residencial, la persona titular del establecimiento residencial debe comunicarlo a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo fijado por el apartado 1.

ARTÍCULO 225.3. FUNCIONES DEL GUARDADOR DE HECHO

1. El guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta. Si asume la gestión patrimonial, debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria.
2. En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela.

ARTÍCULO 225.4. INDEMNIZACIÓN

El guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida.

ARTÍCULO 225.5. EXTINCIÓN

1. La guarda de hecho se extingue por desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección.
2. Al finalizar la guarda de hecho, la autoridad judicial puede disponer que el guardador le rinda cuentas de su gestión si lo justifica la duración de la guarda ».

La guarda de hecho, en principio, no es retribuida ejerciéndose gratuitamente. Pero ello no impide, tal como indica el artículo 257 del Código de Familia de Cataluña, que el Juez, para incentivar su labor le reconozca una retribución. Igualmente se manifiesta en este sentido el artículo 306 CC que establece para el guardador iguales derechos de indemnización que los que para el tutor establece el artículo 220. Dada la dicción del artículo 306 CC el mismo debe ser indemnizado con cargo a los bienes del presunto incapaz, por los daños y perjuicios (materiales o morales) que, sin culpa por su parte, sufra en el ejercicio de la guarda y no puedan resarcirse por otros medios. En cuanto a que podemos entender por funciones propias del guardador de hecho, podemos entender que son aquellos actos que redundan en utilidad objetiva del guardado y, en el caso de actos personales, apreciando el provecho que del acto surja para el incapaz. Alcanzaría el precepto a todo daño –material o moral, daño emergente y lucro cesante– causado como consecuencia de la actuación protectora.

La indemnización incluirá el reembolso de los gastos efectuados por el guardador, los daños que provengan de la actuación de terceros o del incapaz y requiere que no exista culpa por parte del guardador lo que debemos entender por qué el daño no sea consecuencia, directa o indirecta, de extralimitación o incumplimiento de sus funciones por parte de este. Se exige, además, que haya bienes suficientes para atender a las necesidades perentorias del presunto incapaz.

Para obtener el resarcimiento de gastos el guardador, al rendir cuentas, deberá demostrar que el gasto resulto necesario o conveniente para el guardado, ello con el fin de evitar que, con abuso del patrimonio, se le provoque un gasto excesivo e injustificado.

V.– Medidas de control y vigilancia de la guarda de hecho.

El hecho de que la guarda sea una realidad fáctica, en general carente de todo control oficial, provoco el que el reconocimiento legislativo de la misma tuviera un especial interés en su control y vigilancia. Frente a algunas posturas doctrinales que consideraban que debían aplicárseles los mecanismos de control y vigilancia que la ley recogía para la tutela, el sector mayoritario de los autores se oponen a esta equiparación, puesto que no toda la regulación de la tutela es aplicable a la especificidad de la guarda de hecho. No obstante, de la reducida regulación jurídica de esta forma de guarda, podemos extraer algunas conclusiones sobre la forma de control a la que debe someterse la misma:

- 1.– La posibilidad, establecida en el artículo 303 CC²⁸, de que el Juez pueda solicitar al guardador para que informe sobre la persona y bienes del guardado, e igualmente de su actuación con respecto al mismo. La dicción literal del precepto es criticada por la doctrina, que entiende que, más que establecer una facultad para el Juez, el Código debió establecer una obligación, ya que otra solución supondría tratar de forma privilegiada al guardador sobre el tutor de derecho.

Este informe es la base sobre la cual se decidirá la adopción de otras medidas y, por ello, a no ser que el Juez conociera, por otros medios, la situación, tendrá que requerirlo para la adopción de las medidas de protección, que, en cuanto sean necesarias en interés del incapaz, debe adoptar ya que a ello le obliga, sino la letra, si el espíritu de la ley. Esta información supone una garantía en sí misma. El deber de información se extiende tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado, en cada caso, al ámbito en que se desarrolle la guarda. Con respecto a los bienes, consistirá en un inventario y en una rendición de cuentas, rendición que será más necesaria cuando el patrimonio administrado es importante y el guardador de hecho carece de relación de parentesco con el presunto incapaz.

²⁸ Hoy este artículo ha sido modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que lo redacta de la siguiente manera:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.»

2.– La adopción de las medidas de control y vigilancia que el Juez considere oportunas para la protección del presunto incapaz. La ley no define cuales pueden ser estas, pero tanto el Código Civil como el Código de Familia de Cataluña disponen que el Juez tiene plena libertad para establecer las medidas de control y vigilancia sobre el presunto incapacitado (persona y bienes) que considere oportunas. Se pueden incluir entre estas las previstas, con carácter general, en los artículos 762 LEC y 299 bis CC, entre otras. La autoridad judicial adoptara aquellas que sean más útiles al interés del incapaz, para lo que, de forma general, deberá conocer la situación del guardado a través del informe del que hemos hablado anteriormente. No obstante, no podemos excluir la existencia de casos en que, la inmediata protección del guardado, exija la adopción de las mismas por el Juez sin solicitar el informe, o sin esperar al resultado del mismo, por lo que deberán adoptarse sin dilación.

Se dice que estas medidas son provisionales y caducas, de duración transitoria, ya que deberá ponerse en marcha el procedimiento tutelar de derecho, y la tutela provisionalísima establecida en el artículo 299 bis, a través de la cual la guarda de hecho será sustituida por un defensor judicial – el Ministerio Fiscal– y, en su caso, un administrador judicial de los bienes que puede ser el mismo guardador de hecho. Pero esto no es totalmente cierto, ya que el interés del incapaz puede hacer que el juez entienda que lo mejor es que continúe la guarda de hecho hasta que quede constituida la tutela regular. Así lo entiende Bercovitz al indicar que el Juez puede partir de respetar la situación de hecho, nombrando al guardador defensor o administrador judicial del incapaz, ya que la actuación del guardador no tiene porque merecer un reproche sino todo lo contrario. La guarda de hecho, especialmente en el caso de personas de edad avanzada, tiende muchas veces a ser duradera porque puede ser imposible el instar la incapacitación por falta de tiempo.

Y ello porque entendemos, con un importante sector de la doctrina, que el juez no está obligado a intervenir quedando la posibilidad de actuar a la discrecionalidad judicial y, solo si lo hace, deberá solicitar un informe de la situación, y tras él, establecerá, si lo cree conveniente, las medidas de vigilancia y control que considere oportunas. Esto es así porque debe buscarse el mayor interés del incapaz y, si este lo exige en opinión del juzgador, deberá permitirse la continuidad de la guarda de hecho, sin perjuicio que se controle de alguna manera por la autoridad judicial. El Juez podrá poner en marcha el mecanismo de constitución de la tutela, siempre que esto sea más beneficioso para el incapaz, pero podrá mantener la guarda de hecho por el tiempo que considere conveniente sin tener que intervenir para extinguirla necesariamente, estableciendo sobre ella los adecuados mecanismos de control.

Otro sector doctrinal considera que lo facultativo para el Juez es el pedir o no el informe, ya que si conoce la existencia de la guarda de hecho debe promover otra institución de guarda que la sustituya.

Por último, existe un tercer sector que afirma que el artículo 299 bis CC asigna sin ambages la representación y defensa del presunto incapaz al Ministerio Fiscal, en tanto se halle en tramitación el proceso de incapacitación. Afirma que durante este periodo el guardador mantendría –a lo sumo– el cuidado de la persona del discapaz, pero quedaría desvinculado y deslegitimado para desarrollar actuaciones patrimoniales en los términos contemplados en el artículo 304 CC, al haber cesado la posesión de estado implícita en dicho precepto. A esta conclusión también se llegaría en el supuesto de que el guardador de hecho sea nombrado administrador de los bienes del presunto incapaz por dicho artículo 299 bis CC, ya que tal administrador carece de facultades representativas. Durante este tiempo, en consecuencia, el guardador sería un mero cuidador personal y, todo lo más, un gestor oficioso.

Como se deduce de lo anterior, en la mente del legislador no anida más que el propósito de impedir o destruir estas situaciones fácticas que supone perversas y contrarias al orden social, lo que hace acaso aún más sorprendente el régimen del artículo 304, que nos lleva al estudio de último apartado de estas reflexiones, referido al valor de los actos y negocios jurídicos realizados por el guardador de hecho.

En cuanto al procedimiento a seguir para el control de la guarda de hecho, una vez conocida la situación, el Juzgado correspondiente a la residencia del presunto incapaz, iniciará un procedimiento de jurisdicción voluntaria en la que deberá constatarse la situación de presunta incapacidad para lo que es imprescindible el examen médico forense y, muy conveniente, la exploración judicial. El Juez podrá solicitar otras diligencias tales como informes sociales, extractos de cuentas corrientes, certificaciones registrales, etc, que nos servirán para conocer en profundidad el entorno vital del discapaz. Deberá oír a las personas con interés legítimo y, en concreto, parientes cercanos, guardador y el guardado si tuviere suficiente juicio. Asimismo, si la complejidad del patrimonio o la administración lo justifican, podrá requerir informe de un perito contable. Por último,

acordara por auto las medidas que considere pertinentes entre las que puede establecerse la obligación de rendir cuentas anuales, informar periódicamente de la situación en que se encuentra el presunto incapaz, atención personal y terapia que recibe, etc. También puede nombrar un defensor judicial o administrador provisional, o iniciar un procedimiento de nombramiento de tutor si ya se encuentra incapacitado por la vía del artículo 228 CC. Si no está incapacitado podrá actuar de acuerdo con el artículo 757-3º LEC remitiendo comunicación al Fiscal para que este, si lo considera pertinente, presente demanda de incapacidad. Las facultades concedidas al órgano judicial para organizar la protección del presunto incapaz son amplísimas, y será el mismo el que adopte las que estime más adecuadas en interés del necesitado de protección.

Es necesario tener en cuenta también aquí que el artículo 9 de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad 41/2003 de 18 de noviembre que añade un tercer párrafo al artículo 239 CC del siguiente tenor:

«La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Este nuevo precepto puede verse limitado por el hecho de que no en todas las comunidades existen entidades públicas que tengan encomendada la tutela de los incapaces. Salvo que se entienda esa finalidad en sentido muy amplio, pocas entidades existen creadas con esa finalidad específica. A falta de estas entidades específicas y, como ya establecía la Consulta de la FGE 2/1998 de 3 de abril sobre la asunción de la tutela por personas jurídicas públicas corresponderá el nombramiento de tutor cuando se trate de una Administración entre cuyas competencias se encuentren las de tipo asistencial para este tipo de colectivos. En cuanto a las personas jurídico-públicas, los Ayuntamientos tienen competencia en materia de prestación de servicios sociales (artículo 25-2º k de la Ley de Bases de Régimen Local), siendo el ejercicio de esta competencia obligatoria en los que tengan una población superior a 20000 habitantes (artículo 26-1º c LBRL), correspondiendo, en otro caso, a las Diputaciones Provinciales (artículo 37 de la misma ley y 5 de la Ley 12/1983 de 14 de Octubre, reguladora del proceso autonómico). En otro caso la competencia es de las Diputaciones Provinciales. También pueden crearse personas jurídico-públicas de carácter específico. El principal problema que presentan estas se encuentra en el obstáculo que supone el Derecho administrativo, que lo hace incompatible con las exigencias de rapidez y flexibilidad, que reclama el ejercicio de las funciones tutelares. Debemos destacar que el artículo 148-1º-20 de nuestra Constitución otorga la competencia en materia social a las CCAA si estas la asumen en sus Estatutos, lo que han hecho casi todas. En las CCAA en las que existe un órgano administrativo especial dedicado a estos fines el problema se encuentra solucionado. En otro caso, puede plantearse la duda de si es posible nombrar directamente a una persona pública.

No es necesaria la asunción expresa de la función de protección planteada, sino que basta la de actividades asistenciales más genéricas. Pero el nombramiento debe recaer sobre el ente que posee personalidad jurídica propia – la CCAA, el Ayuntamiento...– y una vez nombrado este la determinación del órgano administrativo concreto que ejercerá la tutela será una cuestión de orden interno administrativo. El órgano concreto dependerá de cada CCAA.

En Andalucía, por ejemplo, el órgano concreto es la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, ya que el Estatuto de esta comunidad en su artículo 13-22º considera competencia de la misma la asistencia y los servicios sociales. Como consecuencia de esta obligación algunas comunidades autónomas han ido creando diferentes organismos dirigidos a la asunción de las tutelas y las defensas judiciales. El modelo ha ido evolucionando desde la creación de organismos públicos sometidos al derecho administrativo – las comisiones–, lo que dificultaba mucho su labor como tutores, al establecimiento de entidades sometidas al derecho privado, generalmente bajo la fórmula de fundaciones .

No obstante, la redacción del artículo no deja de plantear problemas. Por ejemplo, debemos preguntarnos si se refiere solo al incapacitado judicialmente o al incapaz natural o de hecho. En segundo lugar, si la tutela de la Administración es transitoria (hasta que se nombre tutor ordinario) o permanente (como ocurre en materia de protección de menores). En tercer lugar, se refiere al artículo 234, dejando de lado la posibilidad de que el Juez nombre a un no familiar que sea idóneo para la tutela por sus relaciones con el tutelado, lo que

se recoge en el artículo 235 CC y sería el modo de entrada de las personas jurídicas tutoras. En último lugar, debemos preguntarnos si se exige, en todo caso, la situación de desamparo y como relacionar esta con la existencia de un guardador de hecho que preste al incapaz la asistencia moral y material que necesite.

Podemos hacer las siguientes consideraciones:

- 1.— El precepto parece que realiza una distinción entre el incapaz al que no se le designa tutor y el que se encuentra en situación de desamparo. En ambos casos, la entidad pública asume la tutela automática. Ahora bien, cuando hablamos de mayores de edad la destrucción de la presunción de capacidad requiere una resolución judicial (artículo 199 CC). Creemos que esto supone que el incapaz al que debe nombrarse tutor debe encontrarse ya incapacitado y que este caso no es aplicable a los meros incapaces naturales.

No obstante, existe una segunda causa de aplicación que es el desamparo. Entendemos que esta es aplicable tanto en el caso en que exista tutor nombrado, como si estamos ante un incapaz meramente natural. Dicho de otro modo, la tutela administrativa se dará si no se nombra tutor al incapaz legalmente incapacitado por no poder encontrar persona alguna (física o jurídica) que se haga cargo de la tutela, y ello porque entendemos que la remisión al artículo 235 puede deducirse de la posibilidad que establece el 234-2º de que el Juez pueda prescindir totalmente de la lista de posibles tutores establecidos en el mismo.

También se dará en aquellos casos en que un incapacitado o un incapaz natural carecen de personas que le puedan prestar la asistencia necesaria por imposibilidad o inadecuado ejercicio de la labor protectora, tutela esta que sería análoga a la establecida en materia de menores. No obstante, debemos tener en cuenta que, frente a lo que sucede en materia de menores en que la determinación de la condición de menor depende de un dato objetivo y la situación de desamparo es decretada por una resolución de una entidad pública, en esta materia el dato de la incapacidad debe ser determinado por carecer de esa objetividad automática y, por ello, en el caso de los incapaces naturales se precisa de una resolución, generalmente judicial, en que se establezca la condición de incapacidad natural y la existencia de una situación de desamparo. Entendemos que esto hace que no nos encontremos ante una verdadera tutela automática una vez que se haya determinado, judicial o administrativamente, las condiciones necesarias para la misma, a saber, existencia de falta de autogobierno y la existencia de desamparo. Debemos añadir que la obligación tutelar obliga también a la obligación de la aceptación de los cargos necesarios para la puesta en marcha de los mecanismos de protección (así la aceptación del cargo de defensor judicial en el procedimiento de capacidad) o la asunción de los mismos transitoriamente en tanto se sustancia el procedimiento principal (como administrador judicial o tutor provisional), pero siempre con nombramiento judicial lógicamente.

En las I Jornadas de Fiscales de Tutelas y Discapacitados celebradas en Madrid en 2004 se mantuvo esta tesis que defendemos entendiéndose que este último párrafo del artículo 239 solo será aplicable en aquellos casos en que, existiendo una declaración judicial de incapacidad, no se haya podido designar o designado tutor a un familiar, persona allegada o persona jurídica idónea. Debe excluirse de este precepto a los discapacitados naturales, puesto que, el artículo 199 Código Civil exige sentencia para considerar que existe una situación de incapacidad, a diferencia del caso de menores en que la minoría de edad viene marcada por un dato objetivo no judicial. Esta interpretación, aún siendo la correcta, puede poseer un efecto perverso, tal como se denuncia en la Memoria de la Sección civil de la Fiscalía de Sevilla correspondiente al año 2004. Se plantea en la misma como al presentarse la demanda de incapacidad de los incapaces naturales por el Ministerio Fiscal es preciso el nombramiento de un defensor judicial. La falta en los casos de discapaces desamparados de personas que puedan hacerse cargo de esta misión hace que se proponga por la Fiscalía a la entidad pública correspondiente. Esta se esta negando sistemáticamente alegando que su misión comienza cuando la persona ya está incapacitada por sentencia firme, lo que no es el caso. Como para llegar a ese fin se necesita el proceso y, para ello, es imprescindible alguien que se haga cargo de la defensa judicial nos encontramos ante una pescadilla que se muerde la cola. Por la misma regla de tres los familiares podrían negarse a asumir la defensa, alegando que su obligación legal es para la tutela y que esta no existe hasta que no hay incapacidad. La interpretación lógica es que, el llamado a ser tutor, debe atender la defensa judicial ya que si es la persona idónea para atender las necesidades del discapacitado en el mundo jurídico, también lo será para defenderlo en el procedimiento de incapacidad. Además, el artículo 300 CC establece que el Juez nombrará como defensor judicial «a la persona que estime más idónea» y, en estos casos, sin duda el organismo público encargado de velar por los incapaces y llamado por ley a ser su tutor lo es.

Esta tesis sobre el artículo 239 que estamos manteniendo no quiere decir que, con antelación a la sentencia de incapacidad, no se pueda intervenir en defensa del incapaz natural que se encuentre en una situación

de verdadero desamparo. Esto se podrá acordar mediante resoluciones en las que se atribuya a esas entidades la protección de personas que aun no hayan sido declaradas incapaces por la vía de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 158 del Código Civil, pero ya no por ministerio de la ley, sino porque en ese caso concreto se haya apreciado por el Juez la conveniencia de que así se haga.

2.— Creo que, en principio, debe buscarse que la tutela de la Administración Pública sea transitoria en tanto pueda nombrarse un tutor adecuado personal o institucional (caso de las Fundaciones Tutelares). La Administración debe tratar de facilitar la existencia de tutores personales, dándoles ayudas económicas (a través de subvenciones y de beneficios fiscales) y asesoramiento. Entre estos tutores se encuentran las personas jurídicas ya, que a pesar de lo que literalmente establece el precepto, no está en su intención eliminar el artículo 235 por lo que, antes de que entre en juego de forma permanente la tutela de la Administración, podrá acudir a personas que se encuentren fuera del círculo familiar del pupilo o a personas jurídicas. Creo que debe aprovecharse la red de entidades tutelares que ha ido creciendo en toda España. Las entidades públicas deben fomentarlas, dotarlas y, en último extremo, asumir las tutelas que sea imposible establecer o aquellas en que los tutores no ejerzan bien la tutela en tanto no se nombre un nuevo tutor. No creo que la reforma pueda justificar una asunción directa y permanente de las tutelas por parte de la Administración, ya que ello conllevaría una regulación completa de acogimientos, declaraciones de desamparo, etc., similar al caso de los menores desamparados que no se incluye en la reforma. Por otro lado y, por lo dicho, creo que no sería operativo el llevar la tutela automática a sus últimas consecuencias, pues, podría suponer un problema mas para el ejercicio efectivo de la guarda de hecho lo que redundaría en perjuicio de una correcta protección del incapaz.

3.— En último lugar, debemos afirmar sin ambages que si el incapaz esta atendido por un guardador de hecho que atienda correctamente al mismo, no puede considerarse que exista desamparo a los efectos de la asunción de la tutela automática por parte de la Administración, ya que faltaría el elemento objetivo de la situación de desamparo. En ese caso, debería nombrarse tutor al guardador, dadas sus especiales relaciones con el incapacitado, si este carece del mismo o remover al tutor anterior por ejercicio inadecuado de la tutela y posterior nombramiento del guardador, tal como respecto a los menores establece el mismo artículo 239—2º CC.

En este sentido se manifiesta, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 29 de marzo de 1996 y la de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 que textualmente expone:

«UNDECIMO.— Por las llamativas irregularidades detectadas y la dilación temporal en el proceso de atención del menor, que ha impedido la entrada y actuación inmediata o a corto plazo de las instituciones públicas, el siguiente interrogante a abordar en esta litis es la exégesis de la definición de desamparo contenida en el artículo 172.1 del Código civil, a efectos de justificar una actuación administrativa de desamparo y tutela automática, con cese inmediato de la actual guarda, tras más de un año del menor en situación de acogida familiar de hecho con buen trato y asistencia; actuación de la entidad pública que pocas dudas de ratificación judicial hubiera planteado en otro momento temporal, a saber si se hubiera producido en los primeros momentos o en meses posteriores y relativamente cercanos al parto, pues el claro abandono por los padres se erige en causa suficiente y clara para entender desamparado al menor recién nacido.

Al no ser así, debemos interrogarnos sobre si el menor de edad que recibe la correcta asistencia material y moral de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo una vez transcurrido más de un año en tal situación.

Y, como primera premisa, debemos apuntar ya que del desamparo se ha dicho que es un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración, siendo importante destacar y recordar que se ha sustituido el anticuado concepto de abandono por el actual de desamparo en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por entender que este segundo es, conceptual y gramaticalmente hablando, de mayor amplitud, confiriéndose así al órgano encargado la posibilidad de una más amplia interpretación y predominio del interés del menor.

En contraste con la situación anterior, el desamparo se configura como base imprescindible para una inmediata intervención administrativa de protección y, además, es cierto que abarca supuestos, no sólo de carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino también aquellos casos en que, existiendo tales personas, están imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el mismo como inadecuado.

Ahora bien, importa sobremanera insistir en el rasgo valorativo determinante del juicio de valoración sobre el desamparo, que obliga a definirlo y entenderlo existente sólo cuando concurren de forma clara y sustancial tres notas, que después pormenorizaremos: a) incumplimiento de los deberes de protección, b)

privación de la necesaria asistencia moral o material del menor y c) nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.

Con lo expuesto, acabamos de dejar apuntada ya la conclusión final de este apartado, que tratamos de justificar seguidamente, pues no aceptamos el criterio seguido por el juez de primera instancia ni la tesis de la Administración apelante. Y ello por cuatro razones básicas: A) la guarda de hecho, como se dijo más arriba, está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad, al margen y distintas de la tutela automática, B) El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.), C) no toda guarda de hecho evidencia desprotección del menor ni, por tanto, desasistencia moral o material, D) no obstante la necesaria provisionalidad de la guarda de hecho, no es obligado el tratamiento o calificación de situación de desamparo.

DUODECIMO.— Con unos y otros argumentos, la doctrina y la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales que se ha ocupado de las relaciones entre guarda de hecho y tutela administrativa ha defendido, de forma que podemos calificar de unánime, que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y, por ende, la tutela administrativa. Mayoritariamente, los argumentos utilizados devienen de la propia exégesis del concepto legal de desamparo: «se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (art. 172.1 del Código civil).

O sea, siendo el desamparo la base imprescindible para la inmediata intervención administrativa de protección por parte del Ente público correspondiente, para poder acordarlo es necesario que se cumplan dos requisitos imprescindibles:

1º) Se exige, en primer lugar, el incumplimiento por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor; entendiendo por deberes de protección los establecidos en las leyes de guarda de menores, es decir, los relativos a la esfera personal del menor que integran el contenido de la patria potestad (art. 154 CC), esto es, velar por el menor, tenerlo en compañía, alimentarlo y educarlo, procurándole una educación integral.

Los sujetos causantes de la desprotección son, normalmente, los padres que detentan la patria potestad, aunque también puede residenciarse este plano subjetivo en aquellas personas que ostenten poderes de guarda: tutores, defensor judicial, guardadores de hecho o acogedores. Se trata no sólo de los supuestos de abandono absoluto del menor, sino también de aquellos casos en que los guardadores incumplen los deberes de hecho, los ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevarlos a cabo.

Los supuestos que pueden darse en la realidad son muy variados: abandono voluntario del menor por su familia, ausencia de escolarización habitual del menor, malos tratos físicos o psíquicos, trastorno mental grave de los padres o guardadores que limite o impida el ejercicio de los deberes de protección del menor, drogadicción habitual de las personas que integran la unidad familiar, si ello incide en el desarrollo y bienestar del menor, abusos sexuales en el seno de la familia, cualquier forma de explotación económica y, en fin, carencia de familiares, incapacidad, ausencia, enfermedad o, incluso, un intenso déficit socio-cultural que pueda imposibilitar el ejercicio de los deberes de guarda. Además, la expresión, «de hecho» utilizada por el art. 172.1 CC nos lleva necesariamente a atender datos puramente externos, sin juzgar valores internos ni la voluntad de los que incumplieron o están imposibilitados para ejercer sus deberes, ni las causas que motivaron su conducta.

Este carácter objetivo del desamparo se pone de manifiesto en sentencias de múltiples Audiencias Provinciales —AP Sevilla de 25 de marzo de 1996, AP Toledo de 9 de febrero 2000, entre otras— y también nos lo recuerda la propia DGRN, en resolución de fecha 22 de junio de 1996, cuando señala que «la situación que se produce cuando una entidad asume funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores (cfr. Artículo 39 Constitución)».

2º) El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor, de primordial importancia en el caso de esta litis.

El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, relaciones personales), como ponía de manifiesto la sentencia AP Sevilla, de 23 de noviembre de 1999: «si el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro, esto es, tiene cubiertos sus bienes morales y materiales de acuerdo con la legislación vigente, sin ejercer ningún tipo de influencia, el mecanismo de actuación no puede ser la declaración de desamparo sino que habrá de ser otro, ya sea la suspensión o privación de la patria potestad (en este mismo sentido, AP Vizcaya de 3 de enero de 2002)».

Solamente el paso del tiempo podrá deslindar y aclarar los problemas que estamos planteando. Ya veremos lo que da de sí este nuevo precepto en la protección de los discapacitados, pero mucho nos tememos que, dada la falta de una estructura similar a la que existe en materia de menores, son más las expectativas que despierta que el juego que pueda dar en la realidad.

VI.- Validez de los actos realizados por el guardador de hecho.

Antes de que existiera regulación relativa a la guarda de hecho, la doctrina se decantaba por considerar que le era de aplicación la regulación de la gestión de negocios ajenos o mandato. Pero la equiparación con la gestión de negocios ajenos no es correcta por los siguientes motivos:

- a.- La gestión, al ser un cuasicontrato, requiere que la inmisión sea lícita; la guarda puede desempeñarse con fines ilícitos.
- b.- La gestión implica la inexistencia de obligación de llevarla a cabo; la guarda, en la mayor parte de los casos, se ejerce por personas que están obligadas a instar la incapacitación o la tutela y que pueden tener determinadas obligaciones en relación al menor o incapaz.
- c.- La gestión es provisional y para asunto o asuntos determinados. La guarda normalmente requiere permanencia y afecta a la generalidad de los asuntos del desvalido, tanto personal como patrimonial.
- d.- La gestión tiene un carácter eminentemente patrimonial; la guarda atiende principalmente a lo personal y solo de forma secundaria a lo patrimonial.

El artículo 304 CC indica que *«Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad»*.

Como expone Rogel Vide esta es una disposición paradójica, no resistiendo la mas mínima comparación con el artículo 303 por obedecer a filosofías contrapuestas y responder a postulados irreconciliables. Y ello, porque, tras propiciarse la desaparición de una situación de la que parece desconfiarse, se impide la impugnación de los actos realizados cuando estos son realizados en interés y aportan cierta utilidad al guardado. Está claro que el guardador no es representante ni legal ni voluntario del presunto incapaz sino que con respecto a este actúa como un extraño, sin tener capacidad para ello. Así pues su actuación conforme a lo dispuesto en el art.1259 CC sería nula. Sancho Gargallo, siguiendo a Cano Tello, sobre la base de que el fundamento de la impugnación radica en el perjuicio ocasionado al presunto incapaz, dando lugar a una ineficacia que no es ni estructural, ni originaria, ni automática, entiende que esta acción puede calificarse de rescisión, tesis esta que es criticada por Rogel Vidé sobre la base del sistema de *numerus clausus* que, para la rescisión establece el artículo 1293 CC. Sin embargo, la doctrina se decanta por un efecto de anulabilidad que defiende mejor los intereses del presunto incapacitado tratándose de actos de conservación de bienes (y entiendo que también los que supongan la obtención de las atenciones necesarias para la persona o familia del incapacitado). Y ello, por la evidente posibilidad de convalidación que estaría excluida en el caso de la nulidad y porque, en otro caso, no existiría diferencia entre el contrato realizado en nombre del incapaz por el guardador de hecho o por un extraño. Esto hace a Leña Fernández distinguir dos supuestos:

- 1.- Impugnación del acto o negocio celebrado por quien dice ser guardador de hecho sin serlo en realidad. En este caso el acto sería nulo. Piénsese en quien contrata por quien no es incapaz ni de hecho ni de derecho, o quien en realidad no actúa en el momento del acto como guardador de hecho.
- 2.- Impugnación del acto o negocio realizado por un verdadero guardador de hecho en base al perjuicio causado al guardado. En este caso estaríamos ante una acción de anulabilidad.

En realidad, la redacción del precepto no parece muy acertada ya que no es que los actos no puedan ser impugnados, puesto que precisamente esa impugnación será la que abre la puerta a la comprobación de la utilidad que deberá probarse en juicio por quien la alega (artículo 1214 CC), sino que los actos, que son nulos por falta de legitimación del que los realiza, se convalidan si son útiles para el incapaz. O dicho de otro modo. Si existe utilidad no podrán ser declarados nulos. La tutela judicial efectiva hace que no se pueda cerrar el acceso al procedimiento judicial. La acción impugnativa puede realizarla el guardado cuando recupere la capacidad o el representante de derecho bien por vía de acción, bien por vía de excepción. Lo que en realidad establece el artículo 304 CC no es una posibilidad de actuación del guardador de hecho en nombre del incapaz, sino un mecanismo de convalidación de sus actos cuando estos sean beneficiosos para el tutelado. No crea un mecanismo de representación o de sustitución de la actuación del incapaz, pero no podemos olvidar que estamos ante un medio de dinamización de la precaria situación del discapaz en el tráfico jurídico.

Ya hemos visto que la mejor solución es la anulabilidad. Ahora bien se puede plantear quien está legitimado para esta acción de anulabilidad: el incapacitado al recuperar su capacidad o el tutor mientras dura la tutela. La acción podrá interponerse en el plazo de cuatro años desde que el acto o negocio se celebró, si bien, entendemos con Leña Fernández, que, en el caso de incapaz, el inicio del cómputo debe ser desde que se pruebe que recupero la capacidad para ello. En el caso del tutor desde que comenzó a ejercer la tutela, y los herederos del incapaz a partir del fallecimiento del guardado, siempre que no hubiera transcurrido el plazo anterior o que prueben que el presunto incapaz no tuvo durante ese tiempo posibilidad de ejercitar la acción por su incapacidad. A falta de todos los anteriores o siendo estos parte interesada, debería ser el Ministerio Fiscal en ejercicio de su deber constitucional de protección de la persona discapacitada, pudiendo el Juzgador si de su control detecta un acto que pudiera haberle sido perjudicial ponerlo en conocimiento del Ministerio Público. En este caso, entiendo que el plazo debería comenzar a contarse desde que llega al mismo el conocimiento de la situación y ello, porque en esta materia, el principio que prima es el del interés del incapaz sobre cualquier otro interés legítimo.

La doctrina ha discutido a que actos le es aplicable esta disposición. Nosotros entendemos que no solo se refiere el artículo a actos de carácter personal, sino también a los de carácter patrimonial, sean estos meramente conservativos o de administración e incluso los dispositivos. En igual sentido se manifiesta Leña Fernández siguiendo a la doctrina mayoritaria. La razón última que lleva a legitimar convalidando los actos del guardador es el beneficio de la persona guardada en toda su extensión y, por ello, alcanza a todos los actos que se consideren útiles para el menor o incapacitado. El artículo 304 CC no distingue entre actos meramente conservativos, de administración o de disposición por lo que debemos deducir que está reconociendo la posibilidad de realización de todos ellos, máxime cuando así se refleja en la realidad social. Otros autores entienden, al contrario, que el guardador de hecho no puede, en ningún caso, actuar en lugar del guardado para prestar el consentimiento para autorizar actos de carácter patrimonial, tesis seguida por el Código de Familia de Cataluña que no incluye los actos de disposición limitándose a los de administración ordinaria (o aún extraordinaria, si de no llevarlos a efecto el perjuicio para el presunto incapacitado fuera especialmente grave), con lo que parece optar por la nulidad de aquellos. Asimismo, para los que defienden la falta de representación del guardador, el acto sería impugnable por falta de capacidad para prestar el consentimiento lo que constituye un vicio de nulidad. A nosotros se nos escapa como conjugar la no impugnación del artículo 304 con la imposibilidad de realizar el acto, ya que si el acto dispositivo redundaba en utilidad del discapaz no podrá anularse dada la dicción del precepto y el principio de mayor interés del incapaz. Como hemos dicho, el artículo 304 sea un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del incapaz, reconduciéndolo a una forma de convalidación de los actos del guardador cuando estos sean beneficiosos para el guardado, lo que nosotros interpretamos como una posibilidad de realización si bien condicionado por la existencia de dicho beneficio. Díez-Picazo y Gullón, entienden que la norma se refiere a los actos que haga el guardador de hecho como titular de una representación que, en realidad, no tiene, no pudiendo estos ser declarados nulos si se prueba la utilidad para el discapaz.

Se da aquí, por ello, una mejor posición con respecto al tutor de derecho, que si realiza un acto de disposición sin autorización judicial se encontraría con una nulidad de pleno derecho, según defiende la mayor parte de la doctrina. Nosotros entendemos que, precisamente, por el principio del interés del incapaz y el principio de la conservación de los actos jurídicos, el tratamiento debería ser similar. Si el acto es útil para el incapaz, debe declararse su validez, aunque el tutor careciera de la preceptiva autorización judicial, entendiéndose que debería permitirse la convalidación posterior, bien a través de la concesión de una autorización a requerimiento del Notario o el Registrador, bien a través de un procedimiento ordinario que declare la utilidad del acto. De esta forma, evitaríamos ese trato diferenciado, sin complicar la ya dura labor del tutor y pensando en el interés del sometido a la tutela que es el que debe prevalecer.

Santos Urbaneja, considera que este precepto otorga validez a muchos de los actos que diariamente realizan los guardadores. Así, solicitar asistencia médica para sus guardados, adquirir productos de consumo o realizar contratos de prestación de servicios, etc. Los problemas se plantean cuando se trata de realizar gestiones de mayor trascendencia tales como matricular al discapacitado en un curso, disponer de su cuenta corriente, interponer una demanda, solicitar un préstamo, vender un bien o renunciar a una herencia. Si bien, teóricamente, dada la dicción del artículo que comentamos no debería haber problema para ella, las dificultades de acreditación de la situación de guarda y de comprobar el beneficio del acto para el guardado, hace que, en muchas ocasiones, se deba acudir a la interposición de una demanda de incapacitación lo que, como indica este autor, es una solución inadecuada (dado el tiempo que necesita el procedimiento), excesiva e innecesaria (ya que no debe acudir a un remedio extremo cuando se puede obtener la protección con medios más respetuosos con la capacidad del discapaz) .

En cuanto a que debe entenderse por utilidad del guardado debemos plantearnos si estamos ante un concepto objetivo independiente de la motivación del guardador o subjetivo por depender de esta. También debemos plantearnos si deben tenerse en cuenta solo los criterios patrimoniales o también otros de diferente naturaleza.

Entendemos que la utilidad no debe medirse con un criterio meramente económico, ya que la guarda debe buscar el bienestar personal del menor o incapaz, y esta depende de algo más que de un mero beneficio económico. Debe ser objetiva –aun teniendo en cuenta las circunstancias personales del guardado–, global –no pudiendo pretenderse la anulación parcial de las circunstancias perjudiciales o impugnarse el acto de forma fraccionada– e inmediata –sin perjuicio de que si por circunstancias sobrevenidas se transformara en útil lo que en principio fue perjudicial se mantuviera la validez del acto–. Dicho de otro modo, la utilidad es algo relativo, pudiendo ser algo útil para uno, pero no para otro. Por esto mismo, es necesaria la utilización de criterios objetivos, económicos, patrimoniales y personales, para apreciar el beneficio o interés del menor o persona incapaz. Esto hace que puedan impugnarse los actos realizados buscando intencionadamente el beneficio del incapaz y, al final, haya carecido de provecho para él.

El artículo 256 del Código de Familia de Cataluña de 1998 establece una limitación expresa para los actos que pueden ser realizados por el guardador de hecho limitándolos a los que hagan referencia al cuidado de la persona y a la administración ordinaria de sus bienes. Como vemos el citado precepto acoge un criterio muy restrictivo desde el punto de vista por nosotros defendido, si bien este debe ser el mantenido en la Comunidad Autónoma Catalana.

El precepto se limita a referirse a los actos realizados por el guardador, sin distinguir si se refiere a todos o únicamente a los de tipo patrimonial. Sin ánimo de entrar en la controversia que sostiene la doctrina sobre este asunto, parece que la postura más segura es la de entender incluidas cuantas actuaciones personales o reales haya emprendido el guardador, ya que donde el legislador no distingue no debe hacerlo el intérprete. Y ello por la imposición al guardador de las obligaciones derivadas del art. 269, y, sobre todo, por ser la finalidad del precepto la protección de los intereses del presunto incapaz y, entre éstos, lo más relevantes son los de naturaleza personal. A pesar de lo indicado, un sector doctrinal, considera que la guarda de hecho no permite la representación legal del guardado, no pudiendo aquel actuar por este o sustituirlo ni en actos personales ni en actos patrimoniales, por lo que solo podrá realizar actos de administración, pero nunca actos de disposición patrimonial. Entendemos que, admitiendo la posibilidad de que resulte guardado un incapaz parcial, que en caso de ser incapacitado sería sometido a curatela, en este caso no existiría dicha representación sino una mera asistencia en el acto, pero no podemos admitir una concepción tan restringida de la guarda de hecho.

Uno de los actos de carácter personal que podemos contemplar son los relativos a los tratamientos médicos que precisan el consentimiento informado del paciente que se somete a ellos. Así dispone el artículo 2-2, 2-3, y 2-4 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente que

«Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley.

El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.»

Ratificando lo precedente el Art. 8-1 dispone:

«Toda actuación en ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso».

Solamente se exceptúa de este consentimiento informado, según el artículo 9-2:

«— Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. Esta última ley establece un procedimiento para la imposición que debe realizarse por la autoridad sanitaria, pidiendo autorización judicial si afecta a los derechos fundamentales.

— Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.»

Añadiendo los puntos 3º y 5º de dicho artículo 9 que

«Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

— Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

— Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

— Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

(...)

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.»

Como vemos se permite el consentimiento por representación en estas materias de gran trascendencia a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho lo que supone una admisión de la actuación del guardador de hecho como representante del discapacitado. Ciertamente que, en estos casos, no se actúa en representación propiamente dicha, puesto que la misma no alcanza a los actos personalísimos (artículos 267 CC de forma directa para los casos de tutela y 162-1º CC en aplicación analógica de lo establecido para los casos de patria potestad), sino en cumplimiento de la obligación de velar por el menor o incapaz establecida en los artículos 110 y 269 CC.

Los Tribunales se han enfrentado a diversos supuestos, alguno de los cuales ya hemos visto, entre los que podemos destacar:

- 1.— SAP Jaén (3ª) de 12 de mayo de 2004.— Considera al guardador de hecho con legitimación pasiva en el procedimiento civil. En el caso no constaba la incapacitación del actor, aunque sí la Certificación de la Delegada de Asuntos Sociales de Jaén, en la que se indicaba que tenía un grado de minusvalía del 75%, y con 9 puntos por la necesidad del concurso de tercera persona.
- 2.— SAP Huelva (2ª) de 9 de marzo de 2001.— El guardador de hecho está legitimado activamente para una reclamación por responsabilidad extracontractual. Cita para ello la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1994 que entendió que *«la guardadora de hecho está legitimada para reclamar la indemnización correspondiente ... porque se ha probado que se trata de un incapacitado*

perjudicado, situación de hecho no negada por ninguna de las partes, que no tiene capacidad procesal o capacidad de obrar para defenderse por sí, y ante esta situación indubitada el artículo 304 del Código Civil convalida los actos realizados por la madre como guardadora de hecho en beneficio de su hijo incapacitado, actos que según el mismo precepto «no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad»». Considera probada la guarda de hecho ya que el incapacitado convive con la guardadora, negándola en el caso de otro hermano incapacitado en que no se da dicha convivencia. En contra de esta postura se encuentra, como ya hemos visto, la SAP de Cádiz (1ª) de 28-5-1999 por considerar que no estamos ante un acto urgente y perentorio y limitar la legitimación de los guardadores de hecho a estos actos.

3.- SAP Zaragoza (4ª) de 8 de mayo de 2000.- El guardador de hecho puede contratar en nombre de la incapaz, creando obligaciones para esta, un contrato de servicios residenciales y asistenciales en centro geriátrico.

4.- SAP Córdoba (1ª) de 14 de octubre de 1996.- Considera válida la compra realizada por un guardador de hecho hermano de la persona incapaz.

La doctrina se plantea también si el guardador de hecho puede instar la incapacidad del guardado cuando no es pariente del mismo. Esta legitimación la limita la ley a la familia nuclear más próxima, si bien el juego de los artículos 757-1º LEC y 229 CC – que impone la obligación bajo su responsabilidad solidaria, a determinadas personas, que no coinciden con los legitimados como el guardador de hecho de solicitar la constitución de la tutela– pudiera plantear la legitimación de estos. La mayor parte de la doctrina, con un criterio excesivamente rigorista, mantiene que a los mismos solo les queda el mecanismo de poner en conocimiento del Fiscal ex artículo 757-3º LEC el hecho de la incapacidad para que este, en su caso, inste el procedimiento. Por el contrario otro sector ha mantenido la posibilidad de que el guardador de hecho pueda instar directamente la incapacitación basándose en los siguientes argumentos jurídicos:

- El verdadero interés del incapaz de hecho se encuentra en que se declare su incapacidad y se le dote de representación legal.
- Ese interés exige la máxima flexibilidad, lo que está reñido con rigideces formales, por lo que si la demanda se presenta por quien posee interés legítimo, debe admitirse aunque no esté legitimado.
- Lo establecido en el artículo 304 CC. Los actos realizados en interés del incapaz no pueden ser solo los de carácter económico, como ya hemos visto, sino que debe incluir, también, los de carácter procesal que vayan en beneficio del incapaz, y una demanda judicial fundadamente interpuesta no debe excluirse del círculo de dichos actos. Será el estudio del fondo del asunto, el que nos aclarara si existe esa correcta fundamentación, por lo que ningún peligro hay en ampliar el número de los legitimados.
- No deja de ser paradójico que se imponga al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela (artículo 229 CC) y la de instar, en su caso, la reintegración de la capacidad (artículo 761-2º LEC) y excluirles de la posibilidad de instar la incapacidad, elemento básico de la protección.

La posibilidad del guardador de hecho de presentar una demanda de incapacitación ha sido acogida por la sentencia de la AP de Córdoba (sección 3ª) de 13-5-2002, que acepta la presentada por un pariente colateral de quinto grado que, a la vez, actúa como administrador judicial de los bienes de la presunta incapaz. Esta sentencia ha sido revocada por la STS de 7 de julio de 2004, si bien la misma en ningún momento entra a estudiar el caso del guardador de hecho, limitándose a indicar que la legitimación es una norma de orden público y que solo los parientes indicados expresamente pueden demandar. Cita esta sentencia el auto de este mismo Tribunal de 29 de abril de 2004 en que negó al sobrino carnal la posibilidad de personarse como sucesor procesal del demandante legitimado fallecido durante el proceso, al entender que nos encontramos ante una acción de carácter personalísimo y, por ello, intransmisible. A nosotros esta postura nos parece excesivamente rigorista, si bien la tutela judicial efectiva queda garantizada por la posibilidad de acudir al Ministerio Fiscal para que interponga él la demanda.

VII.- La responsabilidad civil del guardador de hecho.

Otro tema de gran interés práctico es el del régimen de responsabilidad que contrae el guardador de hecho por los actos realizados en su labor, y más específicamente, por los actos realizados por la persona que tienen bajo su guarda.

Tres aspectos podemos contemplar:

- 1.—Responsabilidad derivada del artículo 229 CC que impone la obligación del guardador de promover la constitución de la tutela, siendo, si no lo hiciera, responsable de la indemnización de los daños y perjuicios causados. La ley no establece un plazo concreto para el cumplimiento de esta obligación, quizás porque es imposible fijarlo. Habrá que estar a las circunstancias de cada caso en concreto, siempre que el guardador actué con la debida diligencia. Hemos de añadir que, de acuerdo con el artículo 757-1º y 2º LEC y de la interpretación doctrinal mayoritaria que considera que nos encontramos ante una relación cerrada, los guardadores de hecho no están legitimados para promover la incapacitación, por lo que, si el guardado no está incapacitado legalmente, solo podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de la incapacidad, conforme al artículo 757-3º LEC, para eliminar su responsabilidad.
- 2.—Responsabilidad del guardador por hechos realizados en perjuicio del guardado. Creemos que estos seguirían el régimen de la responsabilidad extracontractual establecida en el artículo 1902 del CC. En este apartado es importante hacer referencia al juego que nuestro Tribunal Supremo da a la llamada obligación de custodia en la determinación de los daños causados por las personas internadas en los Centros que se constituyen, por ello, en guardadores de hecho de los mismos y que nos sirven de punto de partida para el estudio de la responsabilidad de los guardadores de hecho cuando son centros de internamiento de discapaces. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha acercado en diversas ocasiones a este tema de forma casi monográfica en lo que se refiere a enfermos mentales y centros psiquiátricos. No obstante, entendemos que la doctrina aplicable a los mismos es trasladable también a los centros asistenciales y educativos de deficientes. Así el alto tribunal ha admitido la responsabilidad extracontractual del Centro, si bien ha exigido que se demuestre por el que lo alega la existencia del daño, el nexo causal con el comportamiento del centro, y la existencia de culpa in vigilando lo que se deduce poniendo en relación el comportamiento concreto con la *lex artis* por lo que si la vigilancia era adecuada a las características y estado del enfermo no cabe hablar de responsabilidad. En este sentido se han manifestado las SsTS de 3 de junio de 1996, 9 de marzo de 1998, o 17 de febrero de 2000.

Indica esta última sentencia:

«Y es que debe ratificarse la tesis de la Sala «a quo», ya que, habida cuenta la transcrita mecánica del suceso, en la que sobresale que, del Centro Psiquiátrico en donde estaba ingresado el fallecido recibiendo terapia ocupacional, se escapa del mismo, tal y como lo había realizado dos veces, y en vez de dirigirse a su casa, como lo había realizado con anterioridad se tira a la ría y se ahoga, de lo que se deriva, que no se puede, dentro de la labor asistencial de todo Centro, como dice el Motivo, sostener se ha cometido por éste un «incumplimiento genérico de vigilancia del enfermo» porque, entonces esa vigilancia —en este caso la llamada vigilancia visual— (sobre esa vigilancia visual ordenada por los facultativos correspondientes, según consta en el Historial Clínico, —a los ff. 90 y ss— muy minucioso, aparece tal orden en los días 6–10. 16–10 y 30–10–87, día de la fuga y suicidio, y asimismo, en los «Facta» de la Sentencia absolutoria del procedimiento penal de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15–3–93, se describe dicha orden diciendo: «la orden de que el enfermo D. Gregorio, debía bajar vestido a Terapia Ocupacional, realizando la transmisión de forma oral y desde el umbral... tal orden fue cumplida por los Auxiliares...»); habría de rebasar los extremos de un normal entendimiento, según la lógica de los hechos, pues, la tesis del Motivo, equivaldría, sin más, que en el supuesto de los enfermos mentales y sin perjuicio de que como el de autos, hubiera ejecutado conductas anteriores alusivas o semejantes a la posterior causante del fatal resultado, el establecimiento hospitalario albergante, debía imponer, a toda costa y permanentemente, al interesado, personal y exhaustiva vigilancia casi determinante de la privación total y absoluta de libertad del paciente, con lo que ese control completo de todos los movimientos y actos del así vigilado, aparte de que, como mínimo debía auxiliarse con un vigilante/s, adscritos al mismo en toda las horas y quehaceres diarios, a buen seguro, que trasladaría la custodia a un modelo de como lo pudiera ser un seguimiento más propio del «Hortus Clausus» acaecible dentro de un establecimiento penitenciario en donde impera la privación absoluta de libertad. De consiguiente, inexistente la relación de causalidad que denuncia el Motivo, pues, la vigilancia visual y su asistencia a la Terapia Ocupacional adoptada por el Centro en cumplimiento de la Orden médica, no determina la escapada y el suicidio, sino que la voluntad del paciente quebró por completo esa supuesta causalidad.

(...) de forma indubitada se declara no existe nexo causal entre la conducta de vigilancia y atención del Centro Sanitario y sus profesionales con respecto a la actitud que motivó la conducta determinante de la muerte del fallecido, sin que por último, por los elementos que incorpora el motivo, sea posible a la Sala que juzga apreciar si, en efecto las medidas de atención o de prestación de los servicios correspondientes al estado del enfermo pudiera determinar la falta de diligencia adecuada para este cometido...»; módulo de adecuación que habrá de ajustarse a un parámetro de normalidad como al resolverse una contingencia semejante se razonó en Sentencia de esta Sala de 14-4-99: «...sobre dicha cuestión, hay que añadir que la organización sanitaria debe proporcionar en general todos los medios a su alcance para proporcionar una asistencia médico-sanitaria, pero concretando que dichos medios han de estar disponibles de un modo y para un caso, dentro de un parámetro de normalidad, lo que no se puede es exigir utopías en relación a prestaciones de cualquier centro hospitalario, que, en todo caso, estarán determinadas por la finalidad específica del mismo y las limitaciones presupuestarias».

Podemos decir que estas sentencias del campo civil lo que hacen es considerar que si el centro recibe un interno aquejado de una determinada patología en un estado de presunto riesgo o con antecedentes que hagan suponer el mismo (patología o antecedentes suicidas, en estado de crisis, etc.) y no adopta las medidas adecuadas destinadas a evitar el accidente o la fuga (vigilancia y seguridad compatibles con la dignidad del enfermo que garanticen la vida e integridad física tanto de este como de los demás, habitación sin fácil acceso al tejado o con ventanas enrejadas, comunicación al personal que atiende directamente al enfermo de la situación para la adopción de las medidas oportunas, etc.) será responsable civilmente de los perjuicios que se causen al mismo aunque procedan de su actuar basándose en las culpas «*in vigilando*» o «*in eligendo*», sin que pueda alegar la falta de medios para la custodia del enfermo.

3.- Queremos preguntarnos ahora sobre la responsabilidad del guardador por los perjuicios que el guardado pueda causar a terceros, incluso, en aquellos casos, en que la guarda conviva con un órgano de protección legalmente constituido. Nos encontramos ante una cuestión que no es pacífica para la doctrina y que ha sido poco tratada por las resoluciones de los Tribunales. Estrechamente relacionado con la misma se encuentra el alcance de la responsabilidad del padre o tutor cuando el hijo o pupilo no convive con él, ya que es habitual el que el incapaz viva en una residencia o en régimen de acogimiento de mayores por lo que se da una disociación de carácter estable entre titularidad y ejercicio efectivo de la tutela.

El artículo 1903 CC establece la responsabilidad extracontractual de los tutores por los perjuicios causados por los menores e incapaces que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. La doctrina se pregunta si al guardador de hecho le es aplicable el artículo indicado, y si puede trasladarse la responsabilidad del tutor al guardador de hecho cuando es este el que habita en compañía del menor o incapaz. Para contestar a esta cuestión se mantienen dos posturas:

- a.- Una, mayoritaria, que defiende el carácter taxativo del artículo 1903 CC no pudiendo darse ninguna ampliación. Para ella esta norma no es aplicable a los guardadores de hecho, y ello porque dicha interpretación conculcaría la literalidad del precepto, que solo cita a los padres y a los tutores. Así se dice que no cabe una interpretación extensiva de la norma, ya que lo que se crea es un auténtico deber legal, que no existiría si el Código no lo hubiera contemplado expresamente.
- b.- Frente a la postura anterior otros autores, como Díez-Picazo, defienden un carácter extensivo del precepto y creen que lo importante es que exista un nexo de jerarquía y subordinación que permita a uno dar órdenes a otro, lo que en el caso de la guarda se da. No estaríamos ante una aplicación por analogía, sino extensiva del término tutores que incluiría así, a los tutores de derecho, pero también a los de hecho. Como manifiesta Ruiz-Rico, la expresión tutor del artículo 1903 CC es hoy un cajón de sastre en la que debe incluirse todas las figuras de protección que supongan relaciones de compañía y vigilancia más o menos estables entre aquellos sujetos y sus protectores.

A pesar de este debate, lo que no puede provocar duda ninguna, es que el guardador de hecho debe tener una responsabilidad similar a la del tutor, ya que, en otro caso, la responsabilidad mas atenuada, sería un premio al tutor aformal, lo que no sería lógico, si la ley lo que persigue es la formalización de la tutela. Cabe, por ello, un planteamiento intermedio, ya propuesto por López Beltrán de Heredia, en el que respetando la taxatividad del 1903, se mantiene la responsabilidad del guardador, no por declaración del legislador, sino de acuerdo con el 1902, si el hecho dañoso del guardado se debió a su culpa o negligencia. Otros autores como

Santos Briz entienden que los guardadores de hecho han de equipararse a los tutores dado que el defecto de vigilancia crea un riesgo para terceros, suficiente para imponerles la responsabilidad, en defecto de bienes del menor. En igual sentido se manifiestan Morales– Sancho basándolo en la culpa in vigilando y en el incumplimiento de la obligación de constituir la tutela establecida en el artículo 229 CC y que también se impone al guardador de hecho. En este último incumplimiento basa también la posibilidad de hacer responsable, no solo al guardador de hecho, sino a todos los familiares que conocieran las perturbaciones que pudieran dar lugar a la incapacitación, sobre la base de la STS (1ª) de 13 de septiembre de 1984, García–Ripoll Montijano . Choca esta interpretación con la dicción del artículo que se refiere solo a incapacitado por lo que parece exigir la existencia de una sentencia de incapacitación, siendo aplicable solamente al incapacitado cuyo tutor muriera, sin que se instara el nombramiento de otro.

Nosotros nos decantamos por la postura que defiende la posibilidad de hacer responsable al guardador de hecho en los casos de convivencia del incapaz con un tercero debería determinar el correspondiente tras-paso de responsabilidad. Ello sin desconocer que la relación de dependencia que puede haber entre un guardador de hecho y un pupilo no es comparable a la que se establece en los casos de patria potestad o tutela, no pudiendo darse la analogía en estos casos. Dicho de otro modo. Esto hace que no nos parezca descabellada, como interpretación intermedia, el determinar la responsabilidad del guardador por la vía del artículo 1902 CC que exige la existencia de culpa o negligencia en el mismo. Esta responsabilidad modularía, por razones de equidad, la responsabilidad de padres y tutores del artículo 1903 CC, si bien la misma podría ser imputada a los mismos por la culpa in vigilando. Mas difícil es, en estos casos, la imputación por la culpa *in educando* o *in eligendo* ya que las dificultades de educar a los deficientes mentales, la no obligación de hacerlo con los seniles, y la difícil relación de los actos de los enfermos mentales con la calidad de su educación hace que, en caso de incapaces, esta culpa deba ser preterida.

Nuestro Tribunal Supremo, posee una jurisprudencia contradictoria que nada nos aclara. La tendencia doctrinal amplia está representada jurisprudencialmente por diversas sentencias del mismo que consideran que los casos establecidos en el artículo 1903 son solo enunciativos o *ad exemplum*. Así la STS de 13 de septiembre de 1984 considera a los guardadores de hecho responsables, relacionando el artículo 1902 y el 229 CC que impone la obligación de *«promover la constitución de la tutela, desde el momento que conocieran el hecho que la motivare, los parientes a ella llamados y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados»*. Otras sentencias basan el carácter expansivo del artículo 1903 CC, sobre la base del artículo 3–1º CC y, en particular, con la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social en la que deben ser aplicadas. Así las SsTS de 4 de mayo de 1984, 23 de septiembre de 1988 y 8 de mayo de 1990, entre otras.

Debemos tener en cuenta que, como indica la STS de 14 de febrero de 1964 *«cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir cumplidamente que, si hubo daño, debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona, por lo que el fundamento de esta responsabilidad es una presunción de culpa in vigilando o in educando, distinto o independiente de la que contrae el autor material, que responde de culpa in operando»*.

Conde–Pumpido entiende que debe admitirse la responsabilidad del guardador de hecho porque el mismo, al asumir voluntariamente la obligación de custodia, perturba la normal constitución del instrumento jurídico de la guarda legal, con lo cual el cumplimiento del deber de vigilancia debe serle exigido más estrictamente.

Siguiendo a Bustos Valdivia podemos establecer un esquema de la responsabilidad del guardador de hecho en los distintos supuestos:

- a.– Si la guarda se encuentra formalmente constituida – bien por resolución judicial de nombramiento de guardador o resolución administrativa de acogimiento– no existe duda alguna de la responsabilidad del guardador.
- b.– Si el guardador de hecho concurre con padres o tutores.– Esto puede ocurrir por dejación o encargo, gratuito u oneroso, de los mismos bien de forma permanente o temporal.

Dado que el artículo 1903 CC exige para establecer la responsabilidad de los padres que los hijos se encuentren bajo su guarda, en los casos en que esto no sea así por existir un guardador formal o convencional, serán estos guardadores los que deberán responder. A pesar de lo dicho, un importante sector doctrinal entiende que aunque entre el guardador y el incapaz existe una relación de dependencia, dicha relación no es

de tal entidad que justifique una aplicación analógica del artículo 1903 CC. A sensu contrario si la relación de dependencia fuera de la misma envergadura que la relación mantenida con los padres si existiría responsabilidad. Esto no quiere decir que en el caso anterior el guardador no respondería por los hechos dañosos del guardado, sino que su responsabilidad se basaría en el artículo 1902 y solo si el daño se causo por su culpa o negligencia, ya que en ese caso no existiría la misma en los padres. En el caso de que el guardador realmente culpable del hecho del menor fuera contratado por el padre o tutor este respondería ex artículo 1903-4º CC en su calidad de contratante, pudiendo en ese caso repetir contra el mismo lo pagado.

c.– Guardador de hecho a falta de patria potestad o tutela.– Es el caso más habitual de guarda de hecho pudiendo encontrarnos ante diversos supuestos:

– Cuando nos encontramos ante un incapacitado por sentencia el guardador está actuando como un verdadero tutor y le es aplicable el artículo 1903 CC no porque estemos ante una lista abierta, ni por aplicación analógica, sino porque esta figura ya se encuentra dentro de su espíritu. En este caso existe una situación de dependencia similar a la patria potestad y a la tutela. No nos encontramos ante un deber de vigilancia legal, pero de la situación de hecho surge un deber de vigilancia de hecho.

Según un sector doctrinal esta responsabilidad puede basarse también en el incumplimiento del artículo 229 CC que impone al guardador de hecho la obligación de instar la tutela cuando exista un hecho que la motivare. Por ello, si no la promueve responde de forma solidaria con el resto de los obligados. Nosotros creemos que esta responsabilidad solo afectaría a los daños causados al pupilo como consecuencia de la no constitución de la tutela, pero no a los daños causados por este a terceros, ya que la causa de que el guardado cause daños a terceros no se encuentra en la no constitución de la tutela, sino en la falta de vigilancia tratándose de situaciones distintas. Además, esta postura mezcla dos puntos de partida diferentes ya que confunde la constitución de la tutela, con un supuesto deber de promover la incapacitación que, en realidad, no existe tratándose solo del establecimiento de una legitimación de carácter procesal. Por ello, para los que defienden esta postura, la situación en la que quedan los parientes de un incapaz natural es incomoda y peligrosa con independencia de la existencia de la incapacitación o no. Si lo incapacitan, la interpretación objetiva del Tribunal Supremo los hará responsables de los daños causados por el incapaz. Si no lo hacen, podrán devenir responsables por no haberlo incapacitado.

– Guarda de un incapaz natural no incapacitado.– Los Tribunales de la jurisdicción penal se han enfrentado, sobre todo en el caso de los enfermos mentales, en muchas ocasiones, a esta cuestión. Y lo han hecho con una actitud tremendamente vacilante, responsabilizando en unos casos al incapaz autor del daño y en otros al guardador de hecho. Nosotros creemos que el guardador de hecho sería responsable por los mismos motivos que hemos indicado anteriormente.

En lo que se refiere a la regulación penal, esta si contempla de forma expresa la responsabilidad del guardador de hecho.

Sabemos que nuestro derecho se caracteriza por regular de distinto modo la responsabilidad civil nacida del delito y la nacida de ilícito meramente civil, lo que no ha dejado de ser criticado por la doctrina. Debemos partir de que el delito, además de constituir un ilícito penal, constituye también un ilícito civil. Por ello, el admirado Ruiz Vadiello indicaba que la ordenación sustantiva de las responsabilidades civiles procedentes de delito o falta y de los actos u omisiones no delictivos, en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, debiera ser idéntica, independientemente del texto legal en que la misma se regulase, ya que la responsabilidad civil derivada de delito no pierde su naturaleza civil por ser ejercitada en un proceso penal. Esta doble regulación provoca el que nuestro ordenamiento presente en esta materia una gran cantidad de problemas, sin que exista una razón válida que determine la necesidad de esta doble regulación, como no sea la propia dinámica histórica de la codificación española.

La doble regulación de la responsabilidad civil afecta a la exigencia del requisito de la convivencia, la inversión de la carga de la prueba o a la posibilidad de responsabilidad civil directa por parte del incapaz. Se critica el que es más rigurosa la responsabilidad civil para el padre en el campo civil que en el campo penal, cuando este es el que regula los casos más graves.

El CP de 1995 en su artículo 118-1º establece que, en los casos de alteración o anomalía psíquica «son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables. Los Jueces o Tribunales graduaran de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos».

El artículo 120-1º CP expone que *«son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente (...) los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia»*.

Como vemos, tras la reforma de 1995 se incluyen como responsables no solo a los que tienen la guarda legal, sino también a los que tienen la guarda de hecho, es decir, las personas o entidades que se encargan, aunque sea temporalmente, del incapaz. El que el fundamento de la culpa sea la falta de vigilancia provoca que sea el que asume la misma el que deba responder. Si el tutor no puede tener al incapaz en su compañía y encomienda su guarda a un centro donde el incapaz recibe tratamiento y que asume la guarda con suficientes garantías no se darían los presupuestos necesarios para responsabilizar al tutor, pero si se darían los mismos en el caso del guardador de hecho.

En la nueva regulación penal los artículos 118-1º y 120-1º se corresponden a supuestos que pueden ser claramente diferenciados:

- El artículo 118-1º CP fija una responsabilidad directa de padres y tutores, siendo la misma solidaria o conjunta con la responsabilidad civil directa de los incapacitados exentos de responsabilidad criminal.

Frente al artículo que vamos a tratar seguidamente en este caso es necesario que el autor del hecho haya sido declarado inimputable por la aplicación de la eximente completa. Dándose esta circunstancia es indiferente que haya sido incapacitado o no. Se establece la posibilidad de la responsabilidad directa de los inimputables y de la graduación equitativa de la misma de acuerdo con la importancia de la culpa o negligencia de autor directo y de los diferentes guardadores. Esto es así ya que la inimputabilidad penal, no tiene porque suponer la incapacidad de contraer obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual por acto ilícito, de igual manera que esa inimputabilidad no hace que nos encontremos ante una persona con falta de autogobierno civil, ya que la misma solo supone el desconocimiento de que algo está mal (facultades intelectivas) y la imposibilidad de actuar de acuerdo con dicho conocimiento (facultades volitivas). La posibilidad del incapaz de contraer obligaciones extracontractuales hace que, si posee bienes, pueda responder por sus actos incluso de forma total para el caso de que los guardadores carezcan de culpa o sean insolventes.

- El artículo 120 CP exige, en los casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada y tutela del mayor de edad, que el mismo viva en compañía del padre o tutor como *conditio iuris* de exigibilidad de la responsabilidad civil a los mismos. Esto supone que el que alega la responsabilidad de los guardadores debe probarla, sin que le sea aplicable la inversión de la carga de la prueba que se da en el artículo 1903 CC. Añadamos que una mera ausencia temporal no justificaría la exoneración de responsabilidad. Para que dicha exoneración se dé, la falta de convivencia debe ser legítima y convertir en imposible la vigilancia. Aquí se incluiría el caso del internamiento autorizado del incapaz en interés del mismo. En este caso no estamos ante una responsabilidad directa como en el anterior, sino ante una responsabilidad de carácter subsidiario.

Frente al artículo 118-1º CP, esta afecta solo a mayores incapacitados, únicos mayores de 18 años a los que puede afectar la patria potestad o la tutela. Otros autores entienden que este artículo 120-1º CP se refiere al incapacitado imputable penalmente, frente al anterior que contempla el caso del inimputable. Así, en este caso, la responsabilidad es meramente subsidiaria para el caso de que el incapaz carezca de bienes, mientras que en el anterior la responsabilidad es directa, aunque puede ser también declarada sobre los bienes propios del autor por modelación judicial. En el 120-1º CP estaríamos en el caso de eximentes incompletas, atenuantes o responsabilidad total de un incapaz civil – lo que es conceptualmente posible – sin perjuicio de que en el cumplimiento de la pena se le de el tratamiento específico más adecuado. En este último caso la dicción del precepto parece excluir como responsable al guardador de hecho.

Por si la problemática derivada de la doble regulación no fuera suficiente la Ley de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 de 12 de enero, ha introducido en su artículo 61-3º un nuevo régimen para el caso de los hechos delictivos cometidos por los menores de edad.

Dice dicho precepto que

«Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

Como vemos, en este caso también se incluye al guardador de hecho, dentro de lo que se ha llamado una responsabilidad solidaria «escalonada», ya que parece establecerse una responsabilidad solidaria entre el menor autor de los hechos y sus padres y de no existir estos o ser insolventes, el siguiente en la lista y así sucesivamente.

En cuanto a la moderación en el caso de que los responsables civiles no hayan favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, la mayor parte de la doctrina ha entendido que, en realidad, lo que el Juez puede hacer es, en estos casos, modificar el régimen de la solidaridad, es decir, establecer una responsabilidad mayor en unos casos que en otros, estableciendo una especie de escalón de responsabilidad en el que se incluiría, naturalmente, el menor si posee bienes. Otro sector considera que dicha moderación se practicaría con la disminución del quantum indemnizatorio si bien esto afectaría directamente a los derechos de la víctima.

La Sala 2ª de nuestro Tribunal Supremo se ha acercado en diversas ocasiones a esta materia. Antes de la reforma del Código Penal de 1995 podemos destacar las SsTS de 15 de julio de 1994, 16 de marzo de 1992 y 6 de octubre de 1989 todas ellas con una doctrina concordante. Siguiendo la primera de las sentencias citadas esta doctrina se puede resumir en lo siguiente:

«(...) al ingresar un paciente en el establecimiento psiquiátrico surge un deber legal de custodia sobre la persona del interno con objeto de evitar los males que de su incontrolada conducta pudiera seguirse, siendo así que todo quebrantamiento en la diligencia vigilante, determina la culpa porque la obligación de custodia de los enfermos por los vigilantes del Hospital está fuera de toda duda. La omisión de esa diligencia debida, la omisión de la culpa «in vigilando», constituye «per se» la culpa y la negligencia a la que el art. 20 se refiere.

El art. ha de guardar ahora relación estrecha con el 211 CC ya que al amparo del mismo se propició la decisión del internamiento con objeto de conjurar, como dice el Fiscal, la peligrosidad de algunas personas que padecen graves enfermedades mentales y carecen del dominio sobre sus actos. Así, la resolución judicial que por esta vía decreta el tan repetido internamiento en el establecimiento psiquiátrico hace nacer la relación de parte y la obligación de vigilancia antes dicha.»

Con la nueva regulación penal podemos ver la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 3-2-1998 que mantiene una doctrina similar al indicar

«(...) Es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que al ingresar un paciente en el establecimiento psiquiátrico surge un deber legal de custodia sobre la persona del interno con objeto de evitar los males que de su incontrolada conducta pudieran seguirse, siendo así que todo quebrantamiento en la diligencia vigilante, determina la culpa porque la obligación de custodia de los enfermos por los vigilantes del hospital está fuera de toda duda. La omisión de la culpa «in vigilando», constituye «per se» la culpa y la negligencia a la que se refiere el Código Penal (STS 6-10-1989, 16-3-1992 y 15-7-1994).

La aplicación de la regla primera del artículo 118-1 del Código Penal no exige la individualización personal, aún cuando en esta resolución se ha hecho como manifestación de la existencia de actuaciones culposas o negligentes, ya que la responsabilidad civil se genera respecto de la entidad encargada de la guarda no de sus empleados. Y ello porque la custodia está encomendada, no a la persona física, sino al organismo, el cual para ejercer sus funciones se diversifica entre sus muchos componentes individuales. El «conjunto del todo», como sustitución, absorbe la «individualización de uno».

(...) con independencia de que concurre culpa o negligencia del personal sanitario, como argumenta correctamente la sentencia recurrida, debe tenerse en cuenta que existe un grupo normativo referente a la responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria integrado por preceptos recogidos no sólo en el Código Penal sino en el Código Civil y en el Ordenamiento Jurídico Administrativo. La responsabilidad de la Administración Sanitaria es más amplia que la de los particulares, ya que la misma está obligada a indemnizar por el funcionamiento normal o anormal del Servicio Público. La Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid responde en vía patrimonial de forma objetiva. Se trata de un Servicio Público Sanitario cuyo defectuoso funcionamiento, con independencia de la actuación de los profesionales sanitarios, puede originar una responsabilidad directa de la Administración.»

Indudablemente, el tipo de responsabilidad exigible es la civil, no la penal, recayendo la misma sobre la titularidad del centro y no sobre sus empleados, ya que estos no son los verdaderos guardadores del presunto incapaz. Como vemos en el campo de las residencias psiquiátricas estas responden de los daños causados a

terceros con un grado de diligencia elevado, basado en el especial deber de vigilancia que asumen estos centros no solo en beneficio del incapaz sino de toda la sociedad. El caso de las residencias geriátricas o de educación especial es distinto porque en las mismas pueden residir personas completamente capaces, respecto a los cuales la residencia no asume ningún tipo de guarda con otras sobre las que ejerce una verdadera guarda de hecho. Precisamente, la vigilancia y el tratamiento individualizado es una de las pautas en la gestión de estas residencias, por lo que no les puede pasar desapercibido el deterioro de las facultades cognoscitivas de sus usuarios, por lo que de ser así se enfrentarían a su responsabilidad.

En general, la jurisprudencia es más que reacia a la hora de admitir el traspaso a una entidad privada de la responsabilidad de una entidad pública. Esto se da en el caso de los entes concertados con la misma para ofrecer servicios residenciales. La mayor solvencia de la Administración Pública y el nuevo régimen patrimonial de la Administración lleva a esta postura. Además en los convenios y conciertos la Administración se reserva un control sobre la entidad concertada que hace que no se pueda hablar de traspaso de responsabilidad.

Habrà que valorarse en cada caso concreto, la posible participación de varias personas – tutor y guardador de hecho, por ejemplo– en la producción de los daños y, por tanto, la existencia de una concurrencia de culpas, entre ambos mecanismos de guarda, si bien la valoración del alcance de la misma deberá realizarse caso por caso.

En el caso del acogimiento familiar sería conveniente que se contraten seguros de responsabilidad, ya que esta pasaría al acogedor que es el que realmente convive con el discapaz, como hemos visto.

Debemos preguntarnos, ahora, si la persona que paga puede luego repetir sobre aquel que realizó el acto dañoso. En principio, si una persona responde por otra tiene la posibilidad de repetir contra ella. Ahora bien, nos encontramos ante una responsabilidad por acto propio y no por acto ajeno y ello es un obstáculo para permitir la posibilidad de repetición. Otros autores consideran que ello es posible cuando el incapaz posee bienes.

En cuanto al derecho de repetición sobre los bienes del incapaz cuando su guardador haya abonado la responsabilidad derivada de daños provocados por estos, debemos indicar que el artículo 1904 CC alude solo a la misma en cuanto a los daños causados por los dependientes y no a los demás casos contemplados en el artículo 1903 del mismo cuerpo legal. Aunque el TS no ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión, es abundante la doctrina que entiende aplicable en estos casos el artículo 1904 CC. Así algún sector doctrinal entendió que esta repetición es posible también en el caso de los incapaces basándose en la aplicación del antiguo artículo 32–2º CC que declaraba susceptible de obligaciones a los mismos, cuando la responsabilidad nacía de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero, entendiendo que ésta expresión abarcaba el resarcimiento de los daños que causen estas personas. Este párrafo fue suprimido en la reforma de 1983, si bien, tal como hemos indicado anteriormente, su enunciado era estéril ya que la incapacidad no tiene por qué suponer una total falta de responsabilidad. En este sentido Pantaleón Prieto, considera que el artículo 1904 CC es aplicable por analogía a todos los supuestos del artículo 1903.

Podemos plantearnos, en último lugar, si este derecho de repetición puede reconducirse a lo dispuesto en el artículo 220 CC que dispone la posibilidad de que los bienes del tutelado respondan por los daños causados al tutor en el ejercicio de la función tutelar si estos no pueden ser resarcidos de otro modo. Este artículo busca disminuir en lo posible los inconvenientes que el ejercicio de la tutela puede suponer para la persona que la ostenta. Ahora bien, entendemos que a los supuestos que estamos contemplando no le es de aplicación este artículo ya que el mencionado artículo exige que los daños al tutor se hayan causado sin culpa por su parte, y como hemos visto anteriormente, la responsabilidad no es objetiva, sino basada en la culpa de la persona titular de la institución de guarda.

VIII.– Conclusiones.

- 1.– La guarda de hecho es uno de los mecanismos para la protección de los discapaces mas empleados en la sociedad. Tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social. La extensión de la misma está provocada por la desconfianza hacia las formalidades legales, el desconocimiento social y el temor a las costas del procedimiento, por parte de los ciudadanos que conviven con una persona incapaz.
- 2.– Esta importante trascendencia social no va acompañada por una regulación suficientemente amplia que le permita la utilización de todo su potencial como tal mecanismo protector.
- 3.– Los principales problemas de la guarda de hecho se derivan de que su parca regulación hace que se mantenga un rechazo por parte de los profesionales jurídicos en lo que se refiere a su utilización

como medio de llevar a cabo actos de disposición con trascendencia en el tráfico jurídico, por lo que es precisa una regulación más completa y acabada. Es necesario que el legislador se plantee una regulación más precisa en la línea de la utilidad y del respeto a la seguridad jurídica.

- 4.– Podemos definir la guarda de hecho en función de dos rasgos básicos, uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico. Así, el guardador de hecho será aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un menor, de un incapacitado o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma.
- 5.– Dentro de las posturas existentes para la configuración de la guarda de hecho nos decantamos por una postura amplia que incluya, junto a los casos de incapacitados sin tutor o en que este haga dejación de sus funciones realizándolas un tercero, los casos de incapaces naturales que se encuentren atendidos por un familiar o allegado. Toda guarda continuada que no se constituya como tutela, patria potestad o curatela, puede englobarse bajo la rúbrica de guarda de hecho. Esto es así, fundamentalmente, porque el incapaz encuentra una mejor protección con este planteamiento.
- 6.– No estamos ante una institución no querida por el derecho. Al contrario, si algo se constata al acercarnos a ella, es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver las cuestiones que constantemente se presentan. La misma se configura como una cláusula de cierre de los distintos mecanismos de protección, no debiendo exigirse que el proceso desemboque, para darle validez, en la efectiva declaración judicial de incapacitación.
- 7.– La existencia de un reconocimiento legal de la misma, hace que, una vez constatada y controlada por la autoridad judicial, sea una «*guarda informal o provisional*», no siendo correcto hablar ya de guarda de hecho puesto que cuenta con idéntico respaldo legal que el resto de las figuras protectoras.
- 8.– A pesar de que la ley parece constituir la como una situación de carácter provisional, hay muchos casos en que, por diferentes motivos, la guarda de hecho se mantiene durante un dilatado periodo de tiempo, incluso tras llegar a ser conocida por el Juez o el Fiscal. El interés del incapaz, principio fundamental en esta materia, puede hacer que el juez entienda que lo mejor es que continúe la guarda de hecho hasta que quede constituida la tutela regular. El Juez podrá poner en marcha el mecanismo de constitución de la tutela, siempre que esto sea más beneficioso para el incapaz, pero podrá mantener la guarda de hecho por el tiempo que considere conveniente sin tener que intervenir para extinguirla necesariamente, estableciendo sobre ella los adecuados mecanismos de control. La guarda de hecho, especialmente en el caso de personas de edad avanzada, tiende muchas veces a ser duradera porque puede ser imposible el instar la incapacitación por falta de tiempo.
- 9.– El principal obstáculo al que se enfrenta la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación en el mismo de su existencia. Esto dificulta su efectividad, crea una importante inseguridad jurídica, y provoca en los guardadores una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico. La intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico normalizado, aquel que se hace a través de instrumentos públicos y con inscripción registral, se encuentra fuertemente restringida creando de hecho una imposibilidad de actuación negocial del discapacitado no incapacitado judicialmente, lo que deja sin pleno contenido al artículo 304 CC.
- 10.– La guarda de hecho es una institución de hecho. Por ello, existe con independencia de un documento formal que declare su existencia. Ahora bien, la realización de actividades de carácter fundamentalmente patrimonial (gestión de cuentas bancarias, firmas de contratos de arrendamiento de cosas o servicios, o el acceso a escritura pública de determinados actos dispositivos) es difícil sin un documento que acredite las facultades de administración y, en su caso, representativas de una persona que carece de una representación legal. Este documento es meramente declarativo, ya que se limita a reconocer la existencia de la guarda para darle virtualidad, y sirve de título que ampare al guardador en su función.

- 11.– Varias son las formas por las que se puede hacer este reconocimiento:
- a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.
 - a través de un decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo del mismo.
 - a través de un acta notarial de notoriedad.
 - por la existencia de determinada relación entre discapaz y su guardador debidamente acreditada. Ejemplo de esto se da en los titulares y los directores de los centros residenciales en que se encuentra el incapaz.
- 12.– A nuestro entender le es aplicable al guardador de hecho lo que, con respecto a derechos y obligaciones, establece la ley para el tutor, puesto que como él es un órgano estable y de actuación habitual y, por tanto, es posible cubrir por analogía la laguna legal que se presenta.
- 13.– El nuevo artículo 239–3 CC introducido por el artículo 9 de la 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad solo será aplicable en aquellos casos en que, existiendo una declaración judicial de incapacidad, no se haya podido designar o designado tutor a un familiar, persona allegada o persona jurídica idónea. Debe excluirse de este precepto a los discapacitados naturales lo que no quiere decir que, con antelación a la sentencia de incapacidad, no se pueda intervenir en defensa del incapaz natural que se encuentre en una situación de verdadero desamparo. Esto se podrá acordar mediante resoluciones en las que se atribuya a esas entidades la protección de personas que aun no hayan sido declaradas incapaces por la vía de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 158 del Código Civil.
- 14.– Si el incapaz esta atendido por un guardador de hecho que atienda correctamente al mismo, no puede considerarse que exista desamparo a los efectos de la asunción de la tutela automática por parte de la Administración, ya que faltaría el elemento objetivo de la situación de desamparo.
- 15.– El artículo 304 CC indica que *«Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad»*.

Si no se da esa utilidad entendemos que el procedimiento adecuado es la anulabilidad que defiende mejor los intereses del presunto incapacitado. Y ello porque lo que en realidad establece el artículo 304 CC no es una posibilidad de actuación del guardador de hecho en nombre del incapaz, sino un mecanismo de convalidación de sus actos cuando estos sean beneficiosos para el tutelado. No crea un mecanismo de representación o de sustitución de la actuación del incapaz, pero no podemos olvidar que estamos ante un medio de dinamización de la precaria situación del discapaz en el tráfico jurídico.

- 16.– La posibilidad de realizar actos en nombre del discapaz no solo se refiere a actos de carácter personal, sino también a los de carácter patrimonial, sean estos meramente conservativos o de administración e incluso los dispositivos. Esta utilidad no debe medirse con un criterio meramente económico, ya que la guarda debe buscar el bienestar personal del menor o incapaz, y esta depende de algo más que de un mero beneficio económico. Debe ser objetiva – aun teniendo en cuenta las circunstancias personales del guardado–, global – no pudiendo pretenderse la anulación parcial de las circunstancias perjudiciales o impugnarse el acto de forma fraccionada– e inmediata – sin perjuicio de que si por circunstancias sobrevenidas se transformara en útil lo que en principio fue perjudicial se mantuviera la validez del acto–. Dicho de otro modo, la utilidad es algo relativo, pudiendo ser algo útil para uno, pero no para otro. Por esto mismo, es necesaria la utilización de criterios objetivos, económicos, patrimoniales y personales, para apreciar el beneficio o interés del menor o persona incapaz.
- 17.– En cuanto a la responsabilidad civil del guardador de hecho podemos establecer los siguientes supuestos:
- a.– La derivada del artículo 229 CC que impone la obligación del guardador de promover la constitución de la tutela, siendo, si no lo hiciera, responsable de la indemnización de los daños y perjuicios causados.
 - b.– La que dimana de hechos realizados en perjuicio del guardado que seguiría el régimen de la responsabilidad extracontractual establecida en el artículo 1902 del CC. En el caso de los

Centros debe probarse por el que lo alega la existencia del daño, el nexo causal con el comportamiento del centro, y la existencia de culpa in vigilando lo que se deduce poniendo en relación el comportamiento concreto con la *lex artis* por lo que si la vigilancia era adecuada a las características y estado del enfermo no cabe hablar de responsabilidad.

- c.– La responsabilidad del guardador por los perjuicios que el guardado pueda causar a terceros entendemos que podrá serle exigible, este el mismo incapacitado o no, al menos por aplicación del artículo 1902 CC si el hecho dañoso del guardado se debió a su culpa o negligencia. No obstante, sería conveniente establecer un mecanismo de modulación que incluya estos casos en el artículo 1903 CC ya que, en los mismos, se da un nexo de jerarquía y subordinación entre guardador y guardado, similar al que se da en la tutela de derecho.
- 18.– En el caso de que el guardador responda por los actos del pupilo podrá repetir sobre los bienes de este, con la salvedad de que los hechos hayan sido realizado por culpa o negligencia de los mismos, y teniendo en cuenta el grado de discernimiento del pupilo.
 - 19.– En cuanto a las responsabilidades civiles procedentes de delito o falta debería ser idéntica a la de los actos u omisiones no delictivos, en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, superándose la doble regulación existente en nuestro ordenamiento sin razón alguna.
 - 20.– En cuanto a la responsabilidad existente actualmente en el campo penal podemos hacer las siguientes distinciones:
 - a.– El artículo 118–1º CP fija una responsabilidad directa de padres y tutores, siendo la misma solidaria o conjunta con la responsabilidad civil directa de los incapacitados exentos de responsabilidad criminal. Este artículo es aplicable cuando el autor del hecho haya sido declarado inimputable por la aplicación de la eximente completa, siendo indiferente que haya sido incapacitado o no. Se establece la posibilidad de la responsabilidad directa de los inimputables y de la graduación equitativa de la misma de acuerdo con la importancia de la culpa o negligencia del autor directo y de los diferentes guardadores, entre los que incluye el guardador de hecho. Establece, también, la posibilidad del incapaz de contraer obligaciones extracontractuales lo que hace que, si posee bienes, pueda responder por sus actos incluso de forma total para el caso de que los guardadores carezcan de culpa o sean insolventes.
 - b.– El artículo 120 CP exige, en los casos de patria potestad y tutela del mayor de edad, que el mismo viva en compañía del padre o tutor como *conditio iuris* de exigibilidad de la responsabilidad civil a los mismos. En este caso no estamos ante una responsabilidad directa como en el anterior, sino ante una responsabilidad de carácter subsidiario. Frente al caso anterior, este afecta solo a mayores incapacitados que hayan sido declarados total o parcialmente imputables.
 - c.– La Ley de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000 ha introducido en su artículo 61–3º un nuevo régimen para el caso de los hechos delictivos cometidos por los menores de edad. En este caso también se incluye al guardador de hecho, dentro de lo que se ha llamado una responsabilidad solidaria «escalonada», ya que parece establecerse una responsabilidad solidaria entre el menor autor de los hechos y sus padres y de no existir estos o ser insolventes, el siguiente en la lista y así sucesivamente. Existe la posibilidad de moderar la responsabilidad si los responsables no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

9.– APROXIMACIÓN A LA GUARDA DE HECHO COMO CIERRE DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

9.— APROXIMACIÓN A LA GUARDA DE HECHO COMO CIERRE DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I.— Prefacio.

La figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, por lo que no es arriesgado afirmar que la mayoría de los casos de protección se ejercen a través de esta figura. Por diversos motivos son escasas las incapacitaciones que se producen en la práctica por lo que la importancia de esta institución es innegable. Es precisamente antes de que se declare la incapacitación cuando la guarda de hecho alcanza su principal incidencia. Pero este no es su único campo de actuación porque, como veremos, también puede surgir en casos de desaparición del tutor o abandono del pupilo por el mismo. Incluso, algún autor se ha planteado, sobre todo en el caso de los ancianos ingresados en residencias, si en determinados supuestos se podría obviar el procedimiento de incapacitación permitiendo que la guarda del anciano se ejerciera a través de esta institución con el pertinente control judicial.

Indica Gete-Alonso y Calera que la guarda de hecho se delimita como una institución de protección privada que actúa como cierre de todas las demás. La misma no exige que todo el proceso desemboque en una incapacitación judicial y, en muchos casos de personas ancianas, no ocurre así.

A pesar de esa gran trascendencia práctica, son pocos los casos de guarda de hecho que han llegado a los Tribunales, debido sobre todo al desconocimiento por parte de los organismos formales de la existencia de los mismos. Del mismo modo, la parca regulación de la misma hace que los juristas prácticos sean reacios a utilizarla antes las dudas y la inseguridad jurídica que provoca, clamando de forma unánime la doctrina por una regulación más completa y acabada.

A estas dificultades se añade el que parece que el derecho mira con desconfianza a los guardadores de hecho por la inexistencia de un control sobre los mismos. Lasarte la llama «*mecanismo protector de los más humildes económicamente*» y propugna que el acercamiento a la misma este inspirado en la consideración y el encomio al guardador de hecho que, sin obligación alguna, asume las responsabilidades inherentes a la labor tuitiva.

Los apartados II y III de este trabajo ya han sido vistos en el anterior.

La guarda de hecho que estamos contemplando se reconoce legalmente en el Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, en cuyo artículo 7-3º se establece:

«El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indican a continuación:

a) Cónyuge o pareja estable conviviente.

b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes.

c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar.

d) Hermanos.

e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al juez o al ministerio fiscal.

Se dejará constancia en el expediente asistencial de los familiares que han intervenido en el ingreso, así como de la comunicación al juez o ministerio fiscal efectuada por la persona que ostenta la guarda de hecho».

El artículo 7-4º de este Decreto desarrolla las obligaciones derivadas de esa guarda de hecho estableciendo:

«En aplicación de lo previsto en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, cuando el director técnico del establecimiento asuma la guarda de hecho por no haber intervenido en el ingreso las personas que se indican en el apartado anterior, tendrá que comunicar al juez el hecho de la acogida, en el plazo máximo de 15 días.

Esta notificación al juez se ha de acompañar, en relación con la persona acogida, de la documentación siguiente:

- a) Un informe médico con indicación de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico.*
- b) Un informe social con indicación de las circunstancias personales, familiares y sociales.*
- c) Relación de bienes conocidos respecto a los que se llevará la administración ordinaria o, si es el caso, circunstancias que concurren.*
- d) El contrato de prestación de servicios con indicación del precio de la estancia mensual y de los servicios complementarios, y el reglamento de régimen interno del establecimiento.*

De esta notificación y documentación se tramitará copia al ministerio fiscal, con indicación del juzgado al que se ha enviado».

- 6.- El último sistema, que ya hemos citado, es el de la declaración en el expediente concreto en el que se solicita determinada prestación, bien como declaración simple, bien como declaración jurada. Este sistema se da en la petición de prestaciones económicas (al menos en Andalucía) y en otras situaciones.

IV.- Regulación jurídica de la guarda de hecho.

Este apartado ya ha sido tratado en el trabajo anterior.

V.- Control judicial de la guarda de hecho.

Este apartado ya ha sido tratado en el trabajo anterior.

VI.- Acercamiento al artículo 304 del código civil.

Siempre he afirmado que en nuestro Código Civil no existen artículos de adorno, los que yo llamo artículos pendientes, y eso aunque la defectuosa técnica legislativa existente en la actualidad me haga cuestionarme dicha afirmación al comprobar la existencia de normas jurídicas de difícil aplicación práctica. Por eso me cuesta compartir las posturas, doctrinales y jurisprudenciales, que desconocen la existencia de un artículo como el que vamos a comentar y que va dirigido a dar validez a los actos que el guardador de hecho de a favor de su protegido.

Como sabemos el artículo 304 CC indica que *«Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad».*

Rogel Vide afirma esta es una disposición paradójica, sobre todo, si la ponemos en relación con el artículo 303 por obedecer a filosofías contrapuestas y responder a postulados irreconciliables. Así vemos que, tras propiciarse la desaparición de una situación de la que parece desconfiarse, se impide la impugnación de los actos realizados cuando estos son realizados en interés y aportan cierta utilidad al guardado. Según la mayor parte de la doctrina, los actos realizados por el guardador de hecho son anulables. Este es el sistema que defiende mejor los intereses del incapaz por la evidente posibilidad de convalidación que estaría excluida en el caso de la nulidad y porque, en otro caso, no existiría diferencia entre el contrato realizado en nombre del incapaz por el guardador de hecho o por un extraño.

Leña Fernández distingue dos supuestos:

- 1.- Impugnación del acto o negocio celebrado por quien dice ser guardador de hecho sin serlo en realidad. En este caso el acto sería nulo. Piénsese en quien contrata por quien no es incapaz ni de hecho ni de derecho, o quien en realidad no actúa en el momento del acto como guardador de hecho.

2.– Impugnación del acto o negocio realizado por un verdadero guardador de hecho en base al perjuicio causado al guardado. En este caso estaríamos ante una acción de anulabilidad.

La redacción del precepto no parece muy acertada ya que, en realidad, no es que los actos no puedan ser impugnados, puesto que precisamente esa impugnación será la que abre la puerta a la comprobación de la utilidad que deberá probarse en juicio por quien la alega, sino que los actos, que son nulos por falta de legitimación del que los realizó, se convalidan si son útiles para el incapaz. O dicho de otro modo. Si existe utilidad no podrán ser declarados nulos. La tutela judicial efectiva hace que no se pueda cerrar el acceso al procedimiento judicial. Lo que en realidad establece el artículo 304 CC no es una posibilidad de actuación del guardador de hecho en nombre del incapaz, sino un mecanismo de convalidación de sus actos cuando estos sean beneficiosos para el tutelado. No crea un mecanismo de representación o de sustitución de la actuación del incapaz, pero no podemos olvidar que estamos ante un medio de dinamización de la precaria situación del discapaz en el tráfico jurídico. Por ello, entendemos que no se puede excluir totalmente la posibilidad de que el guardador de hecho actúe en el nombre del incapaz en dicho tráfico.

Para ejercitar esta acción de anulabilidad está legitimado el incapacitado al recuperar su capacidad o el tutor mientras dura la tutela. También los herederos del incapaz para el caso del fallecimiento de este. A falta de todos los anteriores o siendo estos parte interesada, debería ser el Ministerio Fiscal en ejercicio de su deber constitucional de protección de la persona discapacitada, pudiendo el Juzgador si de su control detecta un acto que pudiera haberle sido perjudicial ponerlo en conocimiento del Ministerio Público.

La doctrina ha discutido a que actos le es aplicable esta disposición. Nosotros entendemos que no solo se refiere el artículo a actos de carácter personal, sino también a los de carácter patrimonial, sean estos meramente conservativos o de administración e incluso los dispositivos. La razón última que lleva a legitimar convalidando los actos del guardador es el beneficio de la persona guardada en toda su extensión y, por ello, alcanza a todos los actos que se consideren útiles para el menor o incapacitado.

Y esto porque el artículo 304 CC no distingue entre actos meramente conservativos, de administración o de disposición por lo que debemos deducir que está reconociendo la posibilidad de realización de todos ellos, máxime cuando así se refleja en la realidad social. Otros autores entienden, al contrario, que el guardador de hecho no puede, en ningún caso, actuar en lugar del guardado para prestar el consentimiento para autorizar actos de carácter patrimonial, tesis seguida por el Código de Familia de Cataluña. A nosotros se nos escapa como conjugar la no impugnación del artículo 304 con la imposibilidad de realizar el acto, ya que si el acto dispositivo redundaba en utilidad del discapaz no podrá anularse dada la dicción del precepto y el principio de mayor interés del incapaz.

Santos Urbaneja, considera que este precepto otorga validez a muchos de los actos que diariamente realizan los guardadores. Así, solicitar asistencia médica para sus guardados, adquirir productos de consumo o realizar contratos de prestación de servicios, etc. Los problemas se plantean cuando se trata de realizar gestiones de mayor trascendencia tales como matricular al discapacitado en un curso, disponer de su cuenta corriente, interponer una demanda, solicitar un préstamo, vender un bien o renunciar a una herencia. Si bien, teóricamente, dada la dicción del artículo que comentamos no debería haber problema para ello, las dificultades de acreditación de la situación de guarda y de comprobar el beneficio del acto para el guardado, hace que, en muchas ocasiones, se deba acudir a la interposición de una demanda de incapacitación lo que, como indica este autor, es una solución inadecuada, excesiva e innecesaria.

Entendemos que la utilidad no debe medirse con un criterio meramente económico, ya que la guarda debe buscar el bienestar personal del menor o incapaz, y esta depende de algo más que de un mero beneficio económico. Debe ser objetiva – aun teniendo en cuenta las circunstancias personales del guardado–, global – no pudiendo pretenderse la anulación parcial de las circunstancias perjudiciales o impugnarse el acto de forma fraccionada– e inmediata – sin perjuicio de que si por circunstancias sobrevenidas se transformara en útil lo que en principio fue perjudicial se mantuviera la validez del acto–. Es necesaria la utilización de criterios objetivos, económicos, patrimoniales y personales, para apreciar el beneficio o interés del menor o persona incapaz. Esto hace que puedan impugnarse los actos realizados buscando intencionadamente el beneficio del incapaz y, al final, haya carecido de provecho para él.

También es necesario afirmar que el precepto se limita a referirse a los actos realizados por el guardador, sin distinguir si se refiere a todos o únicamente a los de tipo patrimonial. Por ello debe entenderse incluidas cuantas actuaciones personales o reales haya emprendido el guardador, ya que donde el legislador no distingue

no debe hacerlo el intérprete. Y ello por la imposición al guardador de las obligaciones derivadas del art. 269, y, sobre todo, por ser la finalidad del precepto la protección de los intereses del presunto incapaz y, entre éstos, lo más relevantes son los de naturaleza personal, como por ejemplo, los de naturaleza medica.

VII.— El espinoso problema de la responsabilidad civil del guardador de hecho.

Este apartado ya ha sido tratado en el trabajo anterior.

VIII.— Ley de dependencia y guarda de hecho.

La Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LPAPAD) ha sido recibida con satisfacción por muchos. A pesar de que la ley trata de cambiar el paradigma de la asistencia familiar a la dependencia profesionalizando e institucionalizando la atención a la misma, creo que la ley debe partir de las instituciones existentes y que continúen siendo validas. Fomentándolas y dándoles virtualidad. Y, en ese sentido, la Ley de Dependencia no puede prescindir de una institución tan vital y de tanta implantación practica como la guarda de hecho.

Pero en contra de dicha tendencia, el Libro Blanco de la Dependencia establecía como una de las consideraciones específicas para las personas con discapacidad y mayores de 65 años el impulso a la generalización de las instituciones tutelares, para que velen porque ninguna persona en situación de dependencia quede, en su caso, sin guarda legal, lo que parece excluir la guarda de hecho. No obstante, esto no tiene porque ser necesariamente así, ya que la guarda de hecho es una de las formulas previstas legalmente para la protección de las personas con discapacidad como lo demuestra su inclusión en el articulado del Código Civil. Como decíamos en otro lugar:

« Esta figura, que carece de definición en el Código Civil, supone simplemente la constatación de la existencia de facto de una actividad protectora, al que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que esta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca. Desde el momento en que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, es una guarda de Derecho, pues este la contempla y regula, y que se caracteriza por estar desprovista de forma. Y ello porque la guarda de hecho no deja de tener importantes consecuencias jurídicas ».

Además, no podemos identificar guarda de hecho con la labor de cuidado, es decir, con los llamados cuidadores informales. Como indica el Libro Blanco de la Dependencia la inmensa mayoría de las personas que necesitan cuidados los reciben a través del sistema informal de atención que se da dentro de la familia, con un peso abrumador sobre las mujeres. Identificar cuidador informal y guardador de hecho con las responsabilidades que se derivan de esta podría arrojar un impacto de género de peor condición para las mujeres que asumen por condicionantes sociales esta labor, lo que sería una nueva forma de penalización a las mismas.

Como decimos, ambas figuras no tienen por qué ser coincidentes, aunque lógicamente pueden serlo. Y no lo son porque la guarda de hecho, además de procurar la prestación del cuidado material por sí mismo o por un tercero, realiza una labor de administración y gestión de bienes que la cuidadora puede o no hacer (no en vano su origen clásico se enraíza en la tradicional figura de la gestión de negocios ajenos). No deben pues identificarse jurídicamente ambas figuras sin crear problemas y confusiones de difícil solución práctica.

Queremos ahora dar unas ligeras pinceladas sobre la intervención que el guardador de hecho puede tener en los mecanismos establecidos en la Ley de Dependencia.

La LPAPAD establece en su artículo 4–2º j) que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a « iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley (...). En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal».

El artículo 28, a su vez, al regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, indica que el mismo se iniciará « a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley».

Es evidente, por ello, que estarán legitimados para poner en marcha los mecanismos de la ley el interesado (entendiendo por este la persona afectada por la dependencia) o persona que lo represente en el caso de

que el mismo sea menor de edad o haya sido incapacitado y proveído de representante legal (tutoría o patria potestad prorrogada o rehabilitada).

El problema se presenta en los casos en que el dependiente no haya sido incapacitado, o habiéndolo sido carezca aún de representante legal. En estos casos deberá completarse la capacidad de la forma que veremos posteriormente, si bien podemos preguntarnos, asimismo, si será posible que la petición la presente el guardador de hecho por ir esta en beneficio del discapaz y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 304 CC.

No vamos a insistir aquí en la problemática relativa al guardador de hecho que ya hemos tratado en otros lugares, pero si queremos dar una serie de ideas por las cuales entendemos posible la legitimación para estos casos del guardador de hecho.

Indudablemente, el interés de la persona incapaz de hecho dependiente se encuentra en que se valore su dependencia de forma ajustada y que se establezcan los mecanismos de atención adecuados para esa dependencia. Ese interés exige la máxima flexibilidad, lo que esta reñido con rigideces formales, por lo que si la petición se presenta por quien posee interés legítimo (y sin duda el guardador de hecho, generalmente un familiar directo cuidador, lo tiene) debe admitirse aunque no esté legitimado estrictamente por la ley.

La posibilidad de que el guardador de hecho solicite las prestaciones de carácter social en la vía administrativa no es algo desconocido en nuestro derecho. Así se contempla esta figura en diversas legislaciones comunitarias. Desde nuestro punto de vista, sería un contrasentido el permitirles el iniciar el procedimiento administrativo de concesión de la ayuda o del recurso social y luego no permitirles la petición de la declaración de dependencia como base de la necesidad de dichos mecanismos sociales de asistencia.

El problema que podría plantearse hace referencia a la petición de la valoración o la prestación por dependencia por un supuesto guardador de hecho y que después la persona supuestamente dependiente resulte con capacidad suficiente o posea un representante legal determinado que ejerza correctamente su labor. Esto puede averiguarse en el momento de las pruebas para la valoración y, en ese caso, deberá ratificarse la petición por el dependiente o por su representante legal, archivándose el expediente en el caso en que esto no se haga.

Volviendo al tema de la legitimación indicar que, además, el artículo 19 LJCA concede legitimación en este orden a « *las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo* »

En el mismo sentido, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 68 establece que el procedimiento puede iniciarse a instancia de persona interesada, recogiendo el concepto de interesado el artículo 31 entre los que se incluyen « *quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos* ».

El problema se encuentra entonces en delimitar si el guardador de hecho tiene dicho derecho o interés legítimo. Nosotros creemos que indudablemente, ya que si no, no se entendería que se les permita solicitar la prestación como ya hemos visto con anterioridad. Añadamos que al familiar cuidador le interesa la concesión de la ayuda para la dependencia y entendemos que así se contempla en la filosofía de la nueva ley.

Pero es que, además, como ya hemos visto, la jurisprudencia civil nos ofrece muestras de la admisión de la posibilidad del guardador de hecho de actuar como demandante en interés de su guardado.

10.— EN LAS FRONTERAS DEL AUTOGOBIERNO.
ACERCAMIENTO A LAS NUEVAS FORMAS DE INCAPACIDAD JURIDICA.

10.— EN LAS FRONTERAS DEL AUTOGOBIERNO.

ACERCAMIENTO A LAS NUEVAS FORMAS DE INCAPACIDAD JURIDICA.

Mas he aquí que su mansedumbre rompería luego sus cadenas, y su resignación no tardaría en quebrar los cerrojos del manicomio: supo hacer de la prisión escuela de caridad; y cuando le abrieron sus puertas, no tuvo ya otra mira en el mundo que la de fundar con su trabajo un hospital de pobres. A esta obra consagro el resto de su vida.

San Juan de Dios (Francisco Ayala).

I.— Introducción.

Tradicionalmente la protección jurídica de las personas con discapacidad se ha reducido al binomio proceso de incapacidad/ internamiento existiendo una importante laguna en aquellos casos en que cualquiera de estas dos instituciones no son aplicables al caso concreto. La nueva concepción de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos con un alcance social cuya última cristalización se ha dado en la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 por lo que posee efectos legales plenos en nuestro país, hace que esta dicotomía haya quedado obsoleta debiendo buscarse nuevos mecanismos de protección jurídica de personas que tengan afectado su autogobierno. A esto se une la aparición de nuevas situaciones junto a las ya clásicas que, sin duda ninguna, afectan directamente a parcelas de autogobierno, de tal manera que exigen del derecho una respuesta protectora de mayor flexibilidad que los mecanismos clásicos de intervención. Es necesario, por tanto, construir con una cierta lógica las posibilidades de intervención en estas situaciones que no responden al tradicional binomio proceso de incapacitación/internamiento psiquiátrico o incluso falta de capacidad de obrar/ necesidad de tratamiento.

En estos casos existe un problema social que puede requerir una solución jurídica. Quizás dicho problema no se pudo contemplar a finales del XIX, pero eso no lo excluye de la búsqueda de una solución de protección que puede ser necesaria. Estamos ante las situaciones que podemos ubicar en las fronteras de la discapacidad, algunas incluso que no pueden considerarse dentro de esta, pero que necesitan una respuesta muy cercana a las que jurídicamente damos a la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico. Como decía Vallet de Goytisolo el derecho no puede reducirse a geometría dogmática porque está hecho para adaptarse a las exigencias de la vida. Estas exigencias vitales y sociales cuando impiden el autogobierno de una persona deben ser atendidas desde el derecho para la aportación a las mismas de una adecuada protección. Pero es que, además, la protección jurídica de las personas con discapacidad es uno de los principales indicadores del grado de desarrollo y civilización de una sociedad.

De esto es de lo que voy a tratar de reflexionar en este trabajo. Reflexión difícil, pero, sin duda, necesaria porque, no lo olvidemos nunca, lo importante es la limitación en su autogobierno sin que la enfermedad base sea el elemento fundamental en el acercamiento a la situación, ni que se exija que esa falta de autogobierno afecte a la totalidad de la vida jurídico-social ya que la incapacidad es graduable por disposición legal y, por ello, adaptable a las circunstancias personales y sociales del afectado en cuestión. El principio fundamentales que debe estarse a la menor restricción de derechos, buscando huir de una protección exagerada que le mantiene dependiente y no permite el pleno desarrollo de su personalidad. Por ello vamos a empezar con el recuerdo de unas líneas generales de lo que debemos entender por incapacidad para luego tratar de adaptar esas líneas generales a las diferentes nuevas situaciones que se van dando en la vida actual. He de decir que el tema no deja de ser tremendamente complicado por lo que las posibles afirmaciones pueden ser perfectamente cuestionadas. En cuanto a los casos que tratemos unos estarán más desarrollados y más claros que otros por su propia evolución. Incluso algunos no podremos ni profundizar en ellos. Eso sí, el debate está ahí. Los nuevos problemas existen y el reto está en darles una solución real desde el punto de vista jurídico que respete escrupulosamente los derechos fundamentales de las personas. Al inicio de ese debate va dirigido esta pequeña obra.

II.– Aspectos generales de la falta de capacidad.

Como ya sabemos de sobra, con la incapacitación no se trata de privar a una persona de su capacidad jurídica. Más bien, al contrario, de lo que se trata es de constatar las posibles carencias de su capacidad para poder completarlas y permitirle ejercer y gozar plenamente de sus derechos y cumplir correctamente sus obligaciones. Dentro de esos derechos se encuentran también determinadas parcelas del autogobierno que pueden verse afectadas y limitar la calidad de vida de la persona. Si en estos aspectos el autogobierno se encuentra limitado también nos moveríamos en el campo de la institución de protección.

Como esquema general, sabemos que el artículo 200 CC establece como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma, estableciendo el art. 199 que nadie podrá ser incapacitado sino en virtud de sentencia judicial firme.

Por haberse ya recogido en otros trabajos suprimimos parte de este texto.

Lete del Río hace una enumeración de las situaciones que dan lugar a mayor número de incapacitaciones incluyendo en las mismas:

- Defectos de inteligencia.
- Defectos de la voluntad.
- Defectos de los afectos.
- Trastornos de la sensopercepción y el juicio.
- Psicopatías y trastornos de conducta.
- Trastornos mentales orgánicos.

Según datos de la Fiscalía de Jaén en su Memoria de 2008 las causas fundamentales que dan lugar a situaciones de falta de autogobierno son:

Se observa en dichos datos un considerable aumento de las causas de incapacidad derivadas de la senilidad en el año 2005 por el efecto de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Andaluz 23/2004 de 3 de febrero por el que se regula la protección jurídica de las personas mayores que establece:

«1. La incapacidad sobrevenida de una persona mayor ingresada en un Centro residencial deberá ser comunicada por los responsables del mismo a los familiares, al objeto de que promuevan su incapacitación. En el caso de que, transcurrido un mes desde dicha comunicación, el Centro no tuviere noticia alguna sobre las actuaciones efectuadas por los familiares ante el órgano judicial competente, o el interesado careciere de familiares o fueren desconocidos, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. En el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, cuando los Equipos de Valoración y Orientación apreciaren en los interesados alguna circunstancia determinante de su incapacidad, lo notificarán a los familiares, en el caso de conocerse su existencia, al objeto de que promuevan su incapacitación. Si el interesado careciera de familiares, se ignorase su existencia o éstos no hubieren realizado actuación judicial alguna para promover la incapacitación en el plazo de tres meses desde la notificación, la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales dará traslado de estos hechos al Ministerio Fiscal».

La enfermedad como causa de incapacitación no debe confundirse con comportamientos anómalos o antisociales del individuo, ni con formas peculiares de vida, que podrán provocar intervenciones de carácter social pero no ser causa de incapacitación. Pero el problema se encuentra en deslindar cuando estamos ante ello o ante una imposibilidad de autogobierno que lleva a la persona a constituirse en un riesgo primero para sí misma y luego para los demás.

Por haberse ya recogido en otros trabajos suprimimos parte de este texto.

Ahora bien, existen otros mecanismos que pueden utilizarse. Pensemos en los casos de ludopatía o de prodigalidad patológica provocada por problemas de control de los impulsos claramente establecidas en psicología que lleva a la persona y a su familia a un estado de autentica miseria. ¿Actúa en estos casos la persona en contra de sus propios intereses? ¿Estamos ante un caso de falta de autogobierno de las que veremos luego? En estos casos una intervención psicológica puede solucionar el problema a medio plazo y una limitación de

la disposición y administración patrimonial a corto plazo. Es algo mejorable con el paso del tiempo y la intervención. Pero, sin duda, es de carácter persistente y no meramente esporádico.

Por ello debemos tener en cuenta la interpretación flexible que al término persistencia le ha dado la doctrina y la jurisprudencia basada en los siguientes principios:

- Que la enfermedad sea duradera significa que debe prolongarse en el tiempo sin que pueda preverse la época en que cesarán los efectos patológicos del trastorno, sin que se exija que se trate de una enfermedad crónica en el sentido de incurable. Si esto fuera así carecería de sentido la posibilidad legal de dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida.
- Lo persistente debe ser la enfermedad y no los síntomas o consecuencias de la misma tal como afirma la STS de 10 de febrero de 1986 al decir:

«lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impide a la persona gobernarse por sí misma, y no a la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno se produzca».

- c.– En tercer lugar, debemos afirmar que la incapacidad es algo más que un diagnóstico. La enfermedad debe provocar una sintomatología suficiente para producir unos efectos que impidan el autogobierno de la persona, la capacidad de autocuidado de su persona y de sus bienes, y la defensa de sus propios intereses. La capacidad de autogobierno supone que uno sea potencialmente capaz de conseguir medios de subsistencia, así como administrar sus bienes y patrimonio de acuerdo con sus intereses, sin perjudicarlos por algún déficit de personalidad. Se exige, pues, que el sujeto no pueda gobernarse en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico. Este concepto se matiza en la STS de 14 de julio de 2004 al indicar:

«El autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona o, como dice un autor, « el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa o interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado)».

Habrà que estarse, no al diagnóstico, sino a los efectos que la enfermedad o deficiencia origina y las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. De esto se deduce que la misma causa puede hacer necesaria en un caso la incapacitación y en otro no, ya que, en cada caso, hay que considerar las posibles relaciones del individuo y el círculo en el cual se mueve, de tal manera que la imposibilidad de gobernarse por sí mismo, implicará una falta de idoneidad para administrar sus propios intereses, y ello ya por sí mismo, ya valiéndose del concurso de otros, pero bajo su propia dirección. Esto supone lo que provoca la existencia de un motivo de la incapacitación. En realidad, el autogobierno puede consistir en la existencia de una falta de capacidad para decidir, una falta de voluntad para controlar y gobernar los propios impulsos o, en último lugar, la inexistencia o falta de medios para poder llevar a cabo lo que se decide de forma libre y sin vicios, como puede ocurrir en el caso de los tetraplégicos y otros aquejados de enfermedades físicas cuya falta de autogobierno puede solucionarse dotándole de los medios precisos para llevar a cabo sus decisiones (como puede ser a través de medios electrónicos o informáticos o a través de asistentes personales lo que se encuentra recogido en la actual Ley de Dependencia).

La falta de autogobierno se constituye así, como el eje central y la razón jurídica de la declaración de incapacidad. La enfermedad o deficiencia solo puede ser causa de incapacitación si impide el autogobierno, pues es esa ineptitud, más que la causa, por lo que el enfermo va a ser privado de su capacidad de obrar y sometido a guarda.

Podemos definirla con Díez Picazo diciendo que *« cuando se dice que impida a una persona gobernarse por sí misma, no se quiere decir que este gobierno no sea posible. Lo que se quiere decir es que dejada una persona a merced de sus propios impulsos y fuerzas, exista la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como*

inconveniente o perjudicial para ella misma. Por eso el gobierno de sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a la propia esfera jurídica, tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial».

De lo anterior deducimos que gobernarse a sí mismo es algo más que la capacidad de conocer y querer, sino que incluye la posibilidad de realizar muchos actos sin trascendencia jurídica (las llamadas actividades fundamentales e instrumentales de la vida diaria), pero que están relacionados con la dignidad de la persona. Ello no identifica incapacidad con dependencia de terceras personas que puede o no existir. Un esquizofrénico o un alcohólico, por ejemplo, pueden no depender física o materialmente de una tercera persona pero si se incapaz de gobernarse a sí mismo en determinados aspectos y ser protegido de los actos que pueden perjudicarlo.

Como indica Jimeno Valdés « *no se gobierna a sí mismo quién deseando ser sobrio o evitar el juego sigue bebiendo o jugando, dañándose así su salud o su patrimonio. No se gobierna a sí mismo quién por deficiencias en su inteligencia y juicio es proclive a sufrir estafas, agresiones sexuales o es manipulado por otro o por una secta. No se gobierna a sí mismo quién por un trastorno de la percepción confunde a sus familiares o a los viandantes con agentes a sueldo que planean asesinarle*».

d.– Por último, debemos afirmar que no todas las enfermedades o deficiencias son causa de incapacitación. Algunas solo limitan determinados actos jurídicos en los que la enfermedad o deficiencia impide la finalidad perseguida con su actuación o supone tal merma de garantías para el propio impedido, que lleva a la ley a excluirlos de ciertos negocios, o permitírseles solo con ciertas formalidades añadidas, como medida de protección de su propio interés.

En la actualidad han surgido nuevas situaciones que pueden dar lugar a que nos preguntemos sobre si las mismas afectan de una forma, total o parcial, al autogobierno de la persona y si tienen soluciones jurídicas dentro del campo de la limitación de la capacidad. Igualmente, existen situaciones ya conocidas que no deben resolverse por la vía de una incapacidad total o un internamiento pero que requieren una respuesta del ordenamiento jurídico para evitar los riesgos de un actuar sin verdadero autogobierno. Es importante tener en cuenta esta necesidad de graduar el alcance de la incapacidad a lo que sea estrictamente necesario. Este elemento es fundamental para solucionar los problemas que se nos van presentando con estas nuevas situaciones, ya que supone la fórmula idónea de proteger a la persona afectando lo mínimo posible a sus derechos. Esta necesidad de graduar el alcance de la incapacitación puede parecer nueva pero no lo es. Como refleja Ferreirós Marcos la ilustre jurista Concepción Arenal ya en el siglo XIX subrayó la importancia de la graduación que se recogía en el Código Civil francés de la época. En nuestro país se introdujo en el año 1983, si bien eso no impidió que nuestro TS la estableciera en diversas ocasiones para acompañar la incapacidad a las necesidades de la persona incapacitada. Así podemos reseñar la SsTS de 5 de marzo de 1947, 6 de febrero de 1968 o 21 de junio de 1974. Añadamos que esta precisión en la extensión de los límites y el alcance del acuerdo incapacitador es el mayor problema al que se enfrentan los Tribunales de Justicia en esta materia. En la aplicación de la graduabilidad de la sentencia de incapacitación que exige el artículo 760-1º LEC defiende algún autor la posibilidad de establecer un régimen de curatela – que como sabemos solamente supone asistencia al discapaz – que prevea la posibilidad de representación en parcelas concretas posibilidad recogida en el derecho comparado (artículo 512 del Código Civil francés) y que nosotros hemos visto recogido en alguna jurisprudencia menor. Nosotros apoyamos esta opinión por ser la que más puede ajustarse a la dignidad de la persona y partiendo de que la curatela no solo tiene un alcance patrimonial sino que también puede tener un alcance personal tal como, acertadamente, recoge el TS en su sentencia de 31 de diciembre de 1991. El artículo 10 de la constitución no exige que el sistema de guarda que establezcamos sea el menos restrictivo y el más ágil en la solución del problema base. Ejemplo de esto podrían ser los siguientes:

- Permitir la representación del curador para aquellos actos destinados a asegurar, frente a terceros, el abono de los gastos del incapaz para lo que se permite al curador percibir las rentas o ingresos del incapaz, debiendo luego rendir cuentas e ingresando el excedente en una cuenta del incapaz. De esta forma podrían controlarse casos de gastos desmesurados que dejen al incapaz por debajo del nivel de subsistencia.
- Permitir la concesión del consentimiento, de acuerdo con el artículo 9-3º de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, para el tratamiento en la comunidad del enfermo y garantizar las medidas necesarias para el cuidado personal del mismo tales como el suministro de alimentos o otorgar a los servicios socio-sanitarios el acceso al domicilio del discapaz.

Pero es que, además, la recepción por nuestro derecho de la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 que cambia el sistema de representación por el de apoyos puntuales. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados, como medios de complemento de la capacidad natural, garantiza a la persona con discapacidad, su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico. Rechaza el sistema tutelar sustitutivo o representativo de la persona con discapacidad y las situaciones de protección prorrogadas por lo que va a acercar la incapacitación tradicional a las situaciones que tratamos de abordar en este trabajo, provocando un verdadero cambio de rumbo en nuestra tradicional regulación de la falta de capacidad.

Dentro de las nuevas situaciones ante las que nos podemos encontrar y que pueden encontrarse límites con el concepto de incapacidad legal se encuentran las siguientes:

- 1.– Los casos de Síndrome de Diógenes.
- 2.– El internamiento con fines asistenciales sobre todo en el caso de ancianos.
- 3.– Los problemas derivados, en caso de enfermedad mental, de la negativa a los tratamientos de carácter ambulatorio.
- 4.– Los problemas derivados de la existencia de barreras físicas que afectan a la accesibilidad y, por ello, a la libre autodeterminación de movimientos.
- 5.– La manipulación mental sectaria o síndrome disociativo atípico.
- 6.– Los trastornos alimentarios.
- 7.– Las adicciones a sustancias.
- 8.– Otras adicciones como la ludopatía o las compras compulsivas que pueden dar lugar a acasos de prodigalidad o a problemas en el autogobierno.
- 9.– Los trastornos de la personalidad y su relación con las diferentes formas de inadaptación social.
- 10.– La personalidad límite o *borderline* que, en determinados aspectos, puede poner en riesgo a una persona difícilmente incapacitable.

No es nuestra intención el tratar todos estos casos de una forma exhaustiva. Pero si queremos preguntarnos en algunos de ellos por sus efectos sobre la capacidad de autogobierno (al menos parcial) y sobre los mecanismos jurídicos que pueden ser utilizados para solucionar los problemas derivados de los mismos.

III.– El síndrome de diógenes.

El síndrome de Diógenes es una causa importante de malestar y de falta de calidad de vida, que se ha descrito, sobre todo, en personas ancianas que viven solas en su domicilio, existiendo diversos mecanismos para tratar de paliar los problemas que comporta tanto para el anciano como para las personas que le rodean. Este síndrome está cobrando especial relevancia en los últimos tiempos como consecuencia del aumento de la esperanza de vida, las repercusiones sanitarias, y las apariciones cada vez más frecuentes en los medios de comunicación.

El mismo, también llamado de la miseria senil o del colapso social, no constituye una entidad diagnóstica sino una condición caracterizada por una situación de extrema negligencia en el autocuidado, apatía, aislamiento social, miseria material, acumulo de basuras y ausencia de conciencia de estar viviendo en una situación anómala. Consiste en que una persona vive aislado socialmente y recluido en su propio hogar, con una austeridad extrema, impropia de los medios económicos que realmente posee, y le da por recoger todo lo que encuentra, acumulando basura –la silogomanía– y artículos sin utilidad, ya que cree que su situación es de una pobreza extrema, y creando problemas de olores y peligro de infección a sus vecinos, e incluso llegando en poner en peligro su vida y su salud de forma grave por falta de autocuidados a sí mismo (autonegligencia o autoabandono).

El Síndrome de Diógenes está caracterizado por:

- Una conducta de aislamiento voluntario, con ruptura de las relaciones sociales y una inobservancia de las normas convencionales.

- Una conducta de autonegligencia con abandono de la higiene (tanto personal como ambiental), como de la alimentación y la salud (la mayor parte presentan estados nutricionales deficientes y/o enfermedades somáticas relevantes)
- Una tendencia a acumular compulsivamente grandes cantidades de basura en sus domicilios y vivir voluntariamente en condiciones de pobreza extrema a pesar de poseer medios económicos para llevar mejores condiciones de vida.
- Se presenta en personas en edad senil que en su mayoría no presentan trastornos psiquiátricos mayores ó diferentes del propio síndrome. Si bien en todos los casos se observa la presencia de ciertos rasgos y/o conjunto de rasgos de carácter ó personalidad específica (sujetos dominantes, independientes, poco sociables, obstinados, inestables, solitarios), rasgos que algunos autores consideran como premórbidos ó predisponentes de la enfermedad.
- Que rechazan todo tipo de ayudas (tanto sociales como familiares) ó se resisten a ser sacados de sus domicilios.
- Y que muestran rechazo activo a cambiar de vida ó de conducta, con tendencia a volver a su forma de vida cuando son dados de alta de una institución sanitaria y/o social ó se descuida su vigilancia.

La principal complicación es la muerte en soledad en sus domicilios. Por otra parte, más del 40 % de los Síndromes de Diógenes sufren patología somática severa, y mueren a pesar de ser ingresados en hospitales.

Podemos aceptar cinco criterios o rasgos de conducta característicos, que permiten hacer el diagnóstico de este síndrome. La presencia de 1 ó 2 criterios sugiere la existencia de riesgo de Síndrome de Diógenes, mientras que una puntuación de 4 ó 5 la alcanzan los casos más graves, con elevado riesgo de enfermedad y muerte en soledad. Estos criterios, que en parte ya hemos reflejado, son:

- a.– Aislamiento comunicacional y relacional, con rechazo de las posibilidades de comunicación.
- b.– Reclusión domiciliaria voluntaria, con oposición a ser sacados de sus domicilios.
- c.– Negligencia de cuidados sanitarios y de la higiene propia y del hogar (acumulación de basura).
- d.– Conducta de « *pobreza imaginaria*»: acumulación de dinero en casa o bancos, en cantidades elevadas, asociado a creencia de pobreza extrema, a veces delirante, y no utilización para las necesidades básicas.
- e.– Rechazo de las ayudas familiares o sociales, e intento de regresar a su estilo de vida, cuando se limita el control sobre ellos.

Si bien no se conoce exactamente cuál es el origen de este síndrome los estudios realizados al respecto demuestran que solamente entre un tercio y la mitad aproximadamente de estos casos estarían afectados de demencia o de algún tipo de trastorno mental (en general, alcoholismo, esquizofrenia o trastorno afectivo), lo que pudiera provocar una incapacidad jurídica, por lo que estamos ante una forma de vida distinta a la general pero no ante un problema de capacidad que deba resolverse, en principio, por los mecanismos vinculados a la incapacitación civil. Incluso se ha discutido si estamos ante una enfermedad real o ante un mero estilo de vida en que el derecho, en una sociedad democrática, no debe entrar a no ser que afecte a los derechos fundamentales de otros ciudadanos.

Precisamente, los casos en que no existe patología mental son los más difíciles de tratar, ya que no podemos forzarles a ingresar en una residencia utilizando los mecanismos del internamiento involuntario o del ingreso asistencial que veremos más adelante. La propia falta de conciencia del trastorno junto con el deterioro del entorno social del paciente, hacen que el pronóstico de estos pacientes en la comunidad sea negativo, lo que hace que el ingreso residencial sea la solución más adecuada. Pero, cuando el paciente conserva su capacidad, es preciso el empleo de medidas de tipo social y de apoyo al mismo que no siempre se dan, sin que podamos usar los mecanismos jurídicos que se dirigen a solucionar los problemas de falta de autogobierno.

De cualquier modo resulta imprescindible una actuación coordinada e interdisciplinar para la adecuada atención de estos pacientes y de las situaciones que plantean. Estamos ante un problema social, no ante un problema jurídico que deba resolverse acudiendo a los Tribunales y Fiscalías para buscar una incapacitación o forzar un internamiento. Al ser un problema social, y a pesar de las dificultades que supone por el rechazo de

la ayuda social que suelen presentar estas personas, debe resolverse con estrategias de intervención social. Así, si no es posible asegurar la convivencia o ingresar al paciente en un centro, es preciso hacer un seguimiento crónico del mismo, con visitas domiciliarias y trabajo coordinado de los servicios médicos y sociales.

En cuanto a las molestias que la sintomatología del síndrome provoca en otros ciudadanos (habituales en este síndrome) existen otros mecanismos legales para solucionarlas. Así:

- a.– Intervención municipal para mantener limpia la vivienda. Tengamos en cuenta que la tutela de la salud pública, tanto preventiva como curativa, corresponde a los poderes públicos en general. En el campo de la sanidad preventiva ha tenido tradicionalmente un importante papel la administración local, preservando de los peligros que pudieran acechar a la salud colectiva, como lo demuestra la competencia local en asistencia social, cementerios, eliminación de residuos y control de las actividades insalubres y peligrosas, lo que, sin duda, afecta a la protección de la salud del ciudadano. Debemos tener en cuenta, además, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955) que establece en su artículo 1–1º que

«Los ayuntamientos podrán intervenir en la actividad de sus administrados (...):

1º. – En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas».

En cuanto a la realización de la limpieza de la vivienda en contra de la voluntad del titular de la misma, se enmarcaría en la ejecución forzosa de los actos administrativos, una vez notificado el requerimiento al particular, concediéndole un plazo para la realización de lo mandado, haciendo este caso omiso. Así lo dispone el artículo 95 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, como reflejo de la ejecutoriedad de los actos administrativos establecidos en el artículo anterior de la misma ley, lo que ha sido admitido por nuestro Tribunal Constitucional en sentencias 22/1984 de 17 de febrero y 144/1987 de 23 de septiembre.

Para poder llevar a cabo esta ejecución forzosa es preciso la existencia bien de un acto administrativo, bien de una manifestación declarativa de la voluntad de la Administración, que establezca una obligación precisa y determinada que sea incumplida por el destinatario, transcurrido el plazo de tiempo que debe concedérsele y apercibiéndole con la ejecución forzosa en caso contrario. La ejecutividad de los actos administrativos hace que no haya que esperar, ni siquiera, a la firmeza de los mismos (artículo 57–1º LRJAP–PAC). Al encontrarnos ante un acto no personalísimo la ejecución se realizara a través de la ejecución subsidiaria (artículo 98 LRJAP–PAC), debiéndose respetar el principio de intervención mínima y de proporcionalidad. Lógicamente, si el obligado posee medios, la Administración podrá resarcirse de los gastos, pudiendo hacerlos efectivos a través del apremio sobre el mismo incluso por medio de una liquidación provisional antes de la ejecución (párrafos 2,3 y 4 del artículo citado).

Es, por tanto, competencia del ayuntamiento el llevar a cabo esta actividad con independencia de que nos encontremos ante un caso de incapacidad o de una forma especial de vida.

El problema fundamental que plantea esta intervención para su higiene y asistencia, es la necesidad de entrar en el domicilio del afectado negándose el mismo a franquear la entrada. En estos casos también es el Ayuntamiento afectado el que debe conseguir un Auto de entrada emitido por la autoridad judicial de acuerdo con el artículo 18–2º de la Constitución. Así lo dispone el artículo 96–3º LRJAP–PAC cuando falta el consentimiento del afectado. La petición debe hacerse por la autoridad municipal – sin perjuicio de poner en conocimiento del Fiscal los hechos a los efectos del artículo 757–3º LEC en los casos concretos en que así proceda– ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, tal como establece el artículo 8–5º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa y 91–2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- b.– Intervención vecinal.– También los vecinos pueden actuar directamente de acuerdo con lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal cuyo artículo 7–2º dispone que

«Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento».

Si bien este mecanismo solo cabrá en aquellos casos en que la persona carezca de patologías o impedimentos psíquicos que justifiquen la situación. En caso contrario podemos encontrarnos en el campo de los mecanismos derivados de la normativa sobre la falta de capacidad de las personas.

- c.— Mecanismos derivados de la falta de capacidad de las personas.— En los casos de Diógenes en los que existe determinado déficit o patología mental que pueda afectar al autogobierno podemos encontrarnos con la necesidad de intervenir para resolver los problemas planteados por el mismo con la utilización de los mecanismos jurídicos destinados a solucionar los problemas de capacidades diferentes o de falta de autogobierno.

Podemos contemplar la forma de actuar en estos casos a través de un caso típico extraído de la realidad:

Los miembros de una comunidad de vecinos han denunciado en varias ocasiones ante el Ayuntamiento el caso de una persona, de la que solo saben que en alguna ocasión fue ingresado en el psiquiátrico o ni siquiera eso, que vive en unas condiciones infrahumanas, acumulando basuras y provocando olores y peligros de infección en el edificio. El Ayuntamiento solo ha intervenido en una ocasión limpiando la casa, sin darle respuesta en las demás, por lo que se encuentran desesperados. También se han puesto en contacto con los parientes del enfermo, pero debido a que no tienen trato con el mismo, esto tampoco ha servido para nada. Tras comparecer en varias ocasiones en los Juzgados acuden a Fiscalía para poner en conocimiento la situación.

La comparecencia de los vecinos da lugar a la apertura de un expediente informativo del Fiscal para valorar las posibilidades de actuación. La Fiscalía da así una respuesta a los ciudadanos sin invadir competencias de ninguna otra entidad. En el expediente debe solicitarse informe de la trabajadora social de la zona si no existe ya y para averiguar si existe patología psiquiátrica reconocimiento médico forense. En este el Médico si existe o no patología incapacitante o que justifique un internamiento involuntario. En otro caso, el expediente no podrá continuar por esta vía debiendo acudir a las vías de carácter social.

Un problema que se puede plantear es que el presunto enfermo no acuda a las citaciones a la Clínica Médico Forense realizadas por el Fiscal. Este, de acuerdo con su Estatuto, solo puede ordenar la detención del mismo sin que su actuación pueda afectar a ningún otro derecho fundamental (artículo 5º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), sin bien esta posibilidad se ubica en el campo de los presuntos ilícitos penales no siendo este el caso. Por ello si para llevar a cabo el reconocimiento médico es necesario afectar algún derecho fundamental (libertad o inviolabilidad del domicilio por ejemplo) habrá que acudir al Juzgado pidiendo la necesidad del mismo por el procedimiento de medidas cautelares previas al procedimiento de capacidad (artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o de las medidas de protección del artículo 158-4º y 216-2º del Código Civil. Posiblemente será necesario dictar un auto de entrada en la vivienda para proceder al reconocimiento.

Algunos jueces plantean problemas competenciales en esta materia alegando que solo los Juzgados de Instrucción son competentes para dictar autos de entrada en los domicilios. Pero esta afirmación es completamente incorrecta. Nos encontramos ante unas medidas cautelares de protección de indudable naturaleza civil y, salvo en circunstancias de urgencia y fuera de las horas de audiencia, su puesta en marcha corresponde, sin duda, a la jurisdicción civil.

Tras la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 cualquier otra postura carece de sentido. El Juzgado civil tiene capacidad para dictar autos de entrada en domicilio que afectan a derechos fundamentales. No hay más que hacer un recorrido por la misma ley. Así la Ley 6/1998 de reforma de la LOPJ suprimió el número 2 del artículo 87 que residenciaba en la jurisdicción penal la posibilidad de dictar autos de entrada domiciliaria para la ejecución de los actos de la Administración. El nuevo 91-2º LOPJ residencia esta posibilidad, como sabemos, en los mismos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Digamos que el artículo 18-2º de la Constitución exige autorización judicial para la entrada en un domicilio contra la voluntad de su titular, pero no ubica en jurisdicción alguna esta facultad. Dice que debe autorizarlo un juez, no que juez.

Debemos acudir entonces a las normas generales de la jurisdicción y de la competencia y estas indican (artículos 45 LEC y 85-1º LOPJ) que los juzgados de primera instancia conocerán de los asuntos civiles que por disposición expresa no se hallen atribuidos por la ley a otros juzgados o tribunales. Igualmente, el artículo 61 LEC indica que « *salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare* ».

Además, a la clásica existencia de la entrada como diligencia penal, se han unido las entradas administrativas y nuevos supuestos en el ámbito del proceso civil. Estos son la posibilidad de entrar en un domicilio como medida en la fase de ejecución de los procesos de desahucio, la medida de entrada y registro del artículo 261-2ª de la LEC y la entrada y registro en el domicilio del deudor como efecto que produce la situación de concurso sobre el mismo del artículo 1-1-3ª de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.

No son estos los únicos preceptos civiles donde se permite que el juez adopte una medida de entrada en un lugar cerrado sino que existen otros casos en los que se prevé esta misma posibilidad, como en materia de reconocimiento judicial (artículo 354-1º LEC), o en caso de ejecución de títulos que condenen a la entrega de cosa mueble cierta y determinada.

Cierto que, al igual que ha sucedido con los Juzgados de lo contencioso-administrativo, lo razonable hubiera sido que la propia LOPJ hubiese recogido una mención expresa a la facultad de los tribunales civiles para dictar resoluciones que permitan la entrada y registro en determinados lugares. No obstante, cabe recordar la proyectada reforma de la LOPJ de 1999 paralela a la tramitación de la LEC de 2000, y que no fue aprobada por falta de mayoría, donde sí se establecía una atribución competencial de esta materia, de modo que el precepto contenido en la LEC quedaba completado.

Como hemos indicado, la idea de que sólo el juez de instrucción puede acordar medidas limitativas de derechos ha quedado superada con la derogación del art. 87-2º de la LOPJ. En la actualidad, es la propia CE la que directamente habilita a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas de entrada en lugares de diversa naturaleza. En consecuencia, no es necesario que cada orden jurisdiccional, a través de la LOPJ, habilite a sus tribunales para ello, sino que es suficiente que las leyes procesales correspondientes recojan y regulen suficientemente estos actos procesales incardinados en cada materia, dando por sentado que los tribunales tienen jurisdicción y competencia para acordarlos.

En el caso concreto que nos ocupa debemos destacar el artículo 354-1º LEC que establece, al hacer referencia al reconocimiento, que el Tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer.

Introduce este precepto la expresa regulación de la facultad del tribunal para acordar las medidas necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento. A modo de ejemplo se cita la orden de entrada en el lugar donde deba efectuarse la prueba o en que se halle el objeto o persona que se deba reconocer. Con la nueva regulación procesal civil no se plantea duda alguna sobre el órgano encargado de dictar la resolución encaminada a lograr la efectividad de la práctica de la prueba, que será el Juzgado de Primera Instancia o el tribunal civil correspondiente. Esta resolución, que por ser motivada revestirá la forma de auto, deberá especificar claramente el objeto del reconocimiento así como el lugar y momento en que se llevará a cabo, todo ello para evitar posibles problemas de nulidad de actuaciones. El juzgador, lógicamente, podrá valerse de la Fuerza Pública en la ejecución de dicho reconocimiento.

IV.– El internamiento con fines asistenciales.

Otro tema que se encuentra cercano a los temas jurídicos de la solución a la falta de autogobierno, pero que no se encuentra totalmente dentro de los mismos parámetros, es el del ingreso de ancianos en residencias cuando ya no pueden valerse materialmente por sí mismos pero conservan gran parte de su capacidad decisoria.

Sabemos que la filosofía que debe inspirarnos es la de que el anciano debe permanecer el mayor tiempo posible en su entorno habitual. Debe « *envejecer en casa* ». Esto debe configurarse como un derecho básico del anciano, tal como recoge la resolución 46/1991 de 16 de diciembre de la Asamblea General de las Naciones Unidas que indica que los ancianos deben « *tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio; poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible* ».

Profundiza en esta tendencia la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aplicable, sin duda, a muchos de los ancianos por su situación de dependencia y discapacidad que, en sus artículos 18 y 19, establece:

18–1º.– « *Los Estados partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia (...), en igualdad de condiciones con las demás (...)* ».

19.– « *Los Estados partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:*

a).– *Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vena obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico (...)* ».

Pero para poder cumplir este principio, muchas veces, deben realizarse reformas y acondicionamientos no siempre al alcance de todas las familias, así como mecanismos de atención permanente al anciano y mecanismos de apoyo en el domicilio que no siempre existen, ni llegan a todos los rincones de nuestro país, así como la adopción de otros mecanismos alternativos, tales como acogimiento familiar, viviendas tuteladas o compartidas.

Por ello, hay casos en los que debe acudir a las residencias como forma de mantener en el anciano una cierta calidad de vida. La OCDE en 1994 recomendaba el que se debía permitir a las personas mayores dependientes que no puedan ser atendidas en su domicilio, el disfrute de una buena calidad de vida mediante la mejora de la oferta residencial, teniendo siempre en cuenta sus preferencias individuales.

Debemos permitir el ingreso en un Centro, sobre todo el no voluntario, pero con un carácter excepcional y solo cuando sea estrictamente necesario, por existir un riesgo grave para el paciente, o si la ausencia del internamiento entraña un deterioro en el estado del paciente o impide que este reciba el tratamiento adecuado. No estamos ante un internamiento psiquiátrico ya que este es una actuación sanitaria destinada a la recuperación de la salud, limitándose el Juez a autorizar o a aprobar la medida si el afectado no puede prestar su consentimiento por sí mismo.

En esta materia, también debemos tener en cuenta el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece la obligación de los Estados Partes de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

- a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

La clave del problema está en determinar si el internamiento forzoso es un acto discriminatorio o no en relación con los demás ciudadanos, y ciertamente lo sería el internamiento de personas con discapacidad sobre la base exclusiva de su discapacidad.

El internamiento por trastorno psíquico previsto en el art. 763 de la LEC es una excepción a la regla general, que se basa en determinadas condiciones no referidas a la discapacidad sino a la enfermedad psíquica.

El internamiento forzoso de carácter urgente, es decir el dictaminado por la autoridad médica y convalidado por la autoridad judicial, no es contrario al espíritu de la Convención, pues cumple los requisitos del artículo 12-4º (aplicación en el plazo más breve posible, sujetos a exámenes periódicos y acordados judicialmente), existiendo los mismos controles que para la privación de libertad de cualquier ciudadano.

Vemos como las fuentes indicadas proclaman la imperiosa necesidad del control judicial de estas medidas, en garantía de uno de los derechos humanos más sagrados, como es el de la libertad, cuyo ejercicio, defensa y garantía se reserva a los Tribunales de Justicia, como los más idóneos para su tutela y protección.

Por haberse ya recogido en otros trabajos suprimimos parte de este texto.

En el tratamiento asistencial a deficientes o ancianos, en que las posibilidades de curación o mejora son remotas, la problemática es distinta de la del tratamiento psiquiátrico de carácter terapéutico.

Un sector doctrinal ha considerado que el artículo 763 LEC que regula en España estos internamientos puede amparar el internamiento en centros de naturaleza sanitaria o de salud mental, pero no de otro tipo, y, por tanto no es aplicable a los internamientos de carácter asistencial de deficientes o seniles. Esta tesis ha sido recogida por alguna resolución judicial y se extiende cíclicamente por todo el territorio nacional. Nosotros entendemos que el precepto abarca a todo internamiento de una persona que, por sus condiciones psíquicas, no este en condiciones de prestar su consentimiento. Otra interpretación carecería de lógica, siendo lo decisivo, no la modalidad del centro, sino la condición psíquica de la persona. Y ello por los siguientes motivos:

- a.– No cabe duda que las Residencias de Deficientes o seniles son centros de internamiento asistencial, y en algún caso de carácter mixto por tener también funciones de asistencia clínica.
- b.– Según cualquier tratado de psicopatología, dentro del concepto de trastorno psíquico, se incluye, no solo la enfermedad mental, sino también las deficiencias y las enfermedades seniles que provocan el trastorno psíquico.
- c.– El artículo 763 LEC no restringe en su sentido literal el concepto a los establecimientos sanitarios. Tampoco especifica que causas concretas permiten el recurso al internamiento, no aclara quienes son los sujetos que pueden ser internados, ni la finalidad (terapéutica, educativa o asistencial) que puede perseguir.

No es lógico, como indica Aznar López, que la *ratio legis* del precepto se justifique en el caso de esquizofrenia o paranoia, excluyéndose del sistema de garantías establecido a las personas con retraso mental.

- d.– El Código Civil incluye expresamente una modalidad de centro residencial en el que se precisa autorización judicial para llevar a cabo el internamiento: el centro de educación o formación especial (artículo 271 CC que impone al tutor la obligación de solicitar esta autorización). Esto nos demuestra que pueden existir internamientos en centros de carácter educativo y que los mismos exigen autorización judicial. Estos internamientos suelen referirse a discapacitados y van dirigidos a potenciar al máximo sus facultades.
- e.– En el mundo de las discapacidades ya no se habla de una asistencia exclusivamente sanitaria sino que se contempla desde una perspectiva global que abarca lo social y lo sanitario. Se dice que las residencias de ancianos son recursos de carácter socio-sanitario.
- f.– No cabe diferenciación legal alguna entre un centro residencial de tercera edad, un centro para deficientes psíquicos y un centro para enfermos mentales crónicos en lo que concierne a los mecanismos de protección, los tres son servicios asistenciales y los tres participan de las características de las llamadas instituciones totales.
- g.– Los precedentes históricos de estas instituciones son similares mezclándose beneficencia y control social, si bien los elementos de peligrosidad han cedido en cuanto a los elementos asistenciales.

h.— Todo internamiento implica detención. Asimismo, es en los internamientos prolongados donde se es más proclive a los abusos y, por ello, las razones de control son más atendibles.

Debemos añadir que, actualmente, algunas legislaciones autonómicas con competencia en asistencia social, están contemplando la necesidad de autorización judicial remitiéndose a lo dispuesto en la regulación que estamos contemplando lo que supone un argumento más para su aplicación en estos casos.

Santos Morón realiza un estudio completo de estos internamientos y de los requisitos que deben tener cada uno de ellos.

Así, en primer lugar, indica la autora citada, que no es precisa la autorización judicial para ingresar a deficientes mentales o seniles en centros educativos o asistenciales de carácter abierto en el que los residentes pueden salir libremente y que, por lo tanto, no suponen una privación de libertad. En caso contrario, incluso si el disminuido está sujeto a tutela, en cuyo caso se aplicaría el artículo 271-1º CC, debe solicitarse la autorización judicial por la vía del artículo 763 LEC que ofrece mayores garantías que las establecidas en el artículo 273 CC que establece el régimen de concesión de las autorizaciones judiciales al tutor. Estos ingresos en centros educativos y asistenciales deberán realizarse por el procedimiento ordinario, ya que el urgente se reserva para aquellos casos en que existe un peligro inminente para el que se ve aquejado del trastorno psíquico lo que es difícil de concebir en estos casos. Hemos de decir que la utilización del mecanismo del internamiento urgente en estos casos es habitual y es una práctica que debemos tratar de evitar, si bien a nuestro entender con la suficiente flexibilidad, ya que, en muchos casos, se debe a una mala información a las familias por los órganos administrativos, por lo que estas se encuentran, tras haber pasado mucho tiempo en las listas de espera, con el peligro de perder la plaza conseguida, máxime cuando le conceden un plazo para la ocupación de la plaza transcurrido el cual pierden la misma. Debemos admitir, también, la hipótesis puntual de que, si a la discapacidad se unen otras patologías, nos encontraremos con un caso de verdadera urgencia, si bien, en este caso, estaríamos ante un posible internamiento de carácter terapéutico. Cuando no se dan estos problemas de lista de espera, lo que ocurre en las plazas privadas no concertadas, el centro no debe aceptar al discapaz sin que los familiares le aporten la correspondiente autorización judicial obtenida por el procedimiento ordinario.

Por haberse ya recogido en otros trabajos suprimimos parte de este texto.

Parafraseando lo dicho, no debe confundirse este internamiento necesario con aquellos en que basta con que un disminuido presente problemas en una familia porque falte el potencial cuidador. En este concepto, solo deben incluirse los casos en que se carecen de familiares adecuados y el discapaz se encuentra en una situación de riesgo por vivir en unas condiciones inhumanas debido a la imposibilidad de tomar decisiones libres en su vida diaria y atender a su cuidado personal, o que el riesgo les viene de la imposibilidad de llevar a cabo esa asistencia por los familiares existentes. La experiencia nos demuestra que, muchas veces, la normativa básica del internamiento no se aplica como debiera. Si la persona no se encuentra incapacitada, se presume su capacidad y, debido a ello, se soslaya cualquier autorización judicial, a pesar de que, en muchos casos, la voluntad del discapaz está condicionada, dándose verdaderos «internamientos forzados». Esto se agrava en las Residencias Privadas, donde el simple convenio con los familiares basta para el ingreso.

Este internamiento por finalidad asistencial afectara, fundamentalmente, a los deficientes mentales profundos, sobre todo a los adultos. En cuanto a los presupuestos para llevar a cabo estos internamientos podemos referir los siguientes:

1. Que dicha medida sea indispensable para que la persona afectada pueda recibir los cuidados y asistencia apropiados para preservar su salud y dignidad. Habrá que valorar las condiciones personales del sujeto afectado incapacidad para valerse por sí mismo – y el entorno que le rodea inexistencia de parientes, imposibilidad de los mismos para poder atenderle, o cuando la atención que pueden prestarle es de carácter precario en comparación con la que recibirá en el centro. Especialmente debe tenerse en cuenta la situación de aislamiento y abandono personal del afectado.
2. Que el internamiento sea una medida proporcionada porque no exista otra posibilidad menos gravosa para el interesado que le permita una existencia digna. Así debe preferirse la asistencia domiciliaria o las residencias abiertas si las mismas no suponen un claro empeoramiento de la asistencia recibida o ponen en peligro la salud o la seguridad del discapaz.

Algunas resoluciones judiciales reconducen la autorización de estos internamientos a la adopción de medidas cautelares coetáneas a una demanda de incapacitación. Esta postura es, a todas luces, contraria a la protección proporcionada y de mero apoyo que exige el artículo 12 CONUDPD.

No podemos equiparar internamiento e incapacitación. Muchas veces los familiares pretenden la incapacitación porque alguien les ha dicho que es necesario para internar a su hijo en un centro y que si se le incapacita la Administración lo va a internar en un centro público, saltándose incluso las frecuentes listas de espera. Contra esa creencia llevamos muchos años luchando. Ni todos los presuntos incapaces deben ser internados, ni todos los internados deben ser incapacitados. Si el presunto incapaz esta para internar se le internara esté o no incapacitado. Si no lo está, aunque esté incapacitado no se le internara. Tampoco existe obligación de internar en vía civil cuando existe auto autorizando el internamiento y, por lo tanto, el Auto de internamiento ordinario no provoca un avance en la lista de espera. Una persona puede no tener capacidad suficiente para consentir su internamiento, pero tenerla para tomar otras decisiones, conservando gran parte de su autogobierno. De hecho existen enfermedades que provocan internamientos frecuentemente esquizofrenias y otras psicosis y solo excepcionalmente dan lugar a la incapacitación.

Por último debemos tener en cuenta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia establece en su artículo 4-2 que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a

«g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.

h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio».

Con estos nuevos artículos el problema debe desaparecer no existiendo ya duda de la necesidad de autorización judicial en el caso de los internamientos involuntarios.

Podeos decir, por ello, que en este tipo de internamientos podemos encontrarnos ante distintas situaciones:

- Si hay oposición expresa del paciente, el ingreso debe ser excepcional y sólo cuando sea estrictamente necesario por existir un riesgo grave para el paciente o ser conveniente para que pueda recibir un tratamiento adecuado. Es preciso, además, que el afectado no sea totalmente consciente de las consecuencias de su negativa, por que si lo es, su voluntad habrá de ser respetada.
- Si no es voluntario simplemente porque el afectado no está en condiciones de decidirlo por sí, sin oponerse, parece suficiente con constatar que es la opción asistencial o residencial más adecuada, sin que existan otras alternativas viables mejores.
- El principal problema se plantea si el internamiento es necesario, no por razones terapéuticas, sino cuando familiar y socialmente no se puede atender al anciano y este se opone al ingreso con plena conciencia. El Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de diciembre de 2002, en un caso de estas características razona de la siguiente forma:

«(...) no parece obstáculo la oposición del sujeto, ya que dicha manifestación ha de presumirse que no ha sido tomada en las condiciones de estabilidad y suficiencia mental normal de la persona, en vista de su estado psíquico, en segundo lugar, que el estado actual de dicha enfermedad degenerativa no es incipiente, sino que se encuentra en avanzado estado, hasta el punto de que necesita una persona para la deambulaci3n así como para las actividades mas imprescindibles de la vida como vestirse, comer, asearse, etc..., sin que tenga autonomía personal, domestica, o social, y por último, que dicho estado mental tiene carácter irreversible al ser progresivo, de modo que su internamiento deviene necesario, no sólo para prevenir los riesgos personales a que puede conducirle su estado, sino también para prestarle, como exige su dignidad personal, la atención y cuidado de los centros especializados para tales enfermos, por lo que ha de llegarse a la conclusi3n de considerar justificado el otorgamiento de la autorizaci3n para el internamiento que se interesa, sin perjuicio de lo que disponen los artículos 202 y 203 párrafo primero del citado Código sustantivo».

Como sabemos, dos son las formas o clases de internamientos involuntarios por no encontrarse el afectado en condiciones de prestar su consentimiento. En el campo de los seniles, sus especiales características y salvo circunstancias excepcionales, hace que el procedimiento ordinario – por mucha rapidez que se otorgue a su tramitaci3n– sea el más adecuado, ya que, rara vez, nos encontramos con ataques que justifiquen una decisi3n medica de internamiento de carácter urgente. En la práctica, si bien la incidencia del internamiento urgente es moderada cuando nos encontramos ante residencias públicas, es más habitual de lo que debiera en las residencias de titularidad privada, en las que una vez pactado el ingreso con los parientes del anciano e ingresado este, proceden a comunicar al Juzgado dicha situaci3n, en un uso irregular de los procedimientos

legales establecidos, máxime cuando al existir listas de espera, el internamiento es precedido de un dilatado periodo de tiempo en que pudo tramitarse la autorización. Esta es una práctica que debemos tratar de evitar, si bien a nuestro entender con la suficiente flexibilidad, ya que, en muchos casos, se debe a una mala información a las familias por los órganos administrativos, por lo que estas se encuentran, tras haber pasado mucho tiempo en las listas de espera, con el peligro de perder la plaza conseguida, máxime cuando le conceden un plazo para la ocupación de la misma transcurrido el cual la pierden. Debemos admitir, también, a la hipótesis puntual de que, si a la discapacidad se unen otras patologías, nos encontraríamos con un caso de verdadera urgencia, si bien, en este caso, estaríamos ante un posible internamiento de carácter terapéutico. Cuando no se dan estos problemas de lista de espera, lo que ocurre en las plazas privadas no concertadas, el centro no debe aceptar al discapaz sin que los familiares le aporten la correspondiente autorización judicial obtenida por el procedimiento ordinario.

Terminemos diciendo que el mero hecho de la existencia de la necesidad de una autorización de internamiento no conlleva por sí la necesidad de llevara adelante un proceso de incapacitación ya que, si bien pudiera existir causa, es muy posible que no exista motivo para ello. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacitación (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas). Y ello porque incapacitación e internamiento son instituciones jurídicas de carácter independiente.

V.– Los problemas derivados de la negativa a los tratamientos médicos. Especial referencia a los tratamientos ambulatorios involuntarios en el campo psiquiátrico.

Por haberse ya recogido en otros trabajos suprimimos parte de este texto.

Un último sistema que se está utilizando para estos casos es el de las llamadas curatelas de salud en caso de abandono frecuente del tratamiento por lo que se provocan nuevas recaídas y crisis personales de consecuencias impredecibles. En estos casos, el curador vela para que el sujeto protegido tome correctamente su medicación, con auxilio, si fuese preciso, de la autoridad judicial, encomendándosele también la supervisión de forma efectiva de la evolución del estado de salud y de la enfermedad del sujeto protegido. En realidad, nos encontramos ante la figura de un tutor circunscrito a dicha misión puesto que lo que hace es decidir por el incapaz y actuar como su representante a los efectos de dar el consentimiento informado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9-3º y 5º de la Ley de Autonomía del paciente que ya hemos visto. De igual manera, y de acuerdo con el artículo 268-2º CC, el tutor podrá solicitar la ayuda de la autoridad judicial cuando, por sí solo, no pueda cumplir la asistencia al que el caso le obliga. Podrá, por ello, solicitar del Juez que este le ayude a llevar al enfermo a los servicios médicos cuando sea necesario y este se niegue a ello de forma contundente.

Ejemplo de esto pueden ser la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (3ª) de 16 de septiembre de 2005, en la que se expone que «... en el presente caso, la curatela se extiende a controlar de forma efectiva la evolución de la enfermedad y el estado de Miguel, de tal manera que al cesar su estancia en el pabellón psiquiátrico se adopten las medidas oportunas para evitar que la nueva situación perjudique o le haga recaer en hábitos que favorezcan la dejación de la toma de su medicación con las consiguientes situaciones de conflicto en sus relaciones personales y familiares» o la SAP de Ciudad Real (2ª) de 25 de abril de 2005, que declara que «... el tratamiento farmacológico reduce el delirio y mejoraría su conducta, y que no tiene conciencia de la enfermedad, parece razonable que se haga un seguimiento del tratamiento que se le imponga, encomendándose al curador la función de cuidar que se siga estrictamente dicho tratamiento, función que cabe dentro de la curatela, institución de menor trascendencia que la tutela, pero que procede respecto de las personas a quienes la sentencia de incapacitación coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (art. 287 del CC), teniendo por objeto la asistencia de aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 del mismo Código) entre los que se encuentran no sólo los de carácter patrimonial sino otros que afectan a la esfera personal». Esta sentencia exige al curador la supervisión del tratamiento médico lo que parece difícil con una mera facultad de asistencia y sin la posibilidad de consentir por el enfermo que se niega.

De forma indirecta, también se permite este sistema por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de julio de 1999 que textualmente expone: «Así las cosas, es aplicable la doctrina de la sentencia de esta Sala de 1º de febrero de 1986, que no consideró obstáculo para la aplicación del art. 200 CC el que la situación de incapacitación no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en

cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

En suma, lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269-3º CC)».

La Recomendación (2004) 10 del Consejo de Europa del Comité de Ministros referente a los derechos humanos y la dignidad de los enfermos mentales de 22 de septiembre de 2004 exige, para llevar a cabo estos tratamientos, en sus artículos 19 y ss:

- Síntomas que reflejen la existencia en la persona de una enfermedad mental.
- Que el tratamiento sea proporcionado al estado de salud de la persona.
- Que se realice un plan escrito, convenientemente documentado, de tratamiento.
- Que se establezca un plazo limitado para la terminación o revisión del tratamiento.
- Que, en los casos en que sea posible, se oiga a la persona afectada por la medida.
- Que se informe sobre el tratamiento al afectado y, en su caso, a su representante.
- Que se permita el acceso del afectado, de su representante y del abogado que debe nombrársele para todo procedimiento ante los Tribunales a toda la documentación existente sobre el internamiento.
- Que en los casos de oposición de la persona con capacidad para consentir o de quienes no tienen capacidad para consentir adopte la decisión una corte o autoridad competente.

No obstante, todo lo indicado un importante sector doctrinal considera que no es posible con la legislación actual el llevar adelante un tratamiento ambulatorio forzoso de la persona que ha perdido su capacidad de decisión y que carece de conciencia de enfermedad como consecuencia de su misma patología. Por ello, tras un importante debate, el Comité Técnico Jurídico de FEFES (Federación Española de Asociaciones de Familiares de enfermos mentales), compuesto por profesionales de diferentes campos, propuso la inclusión de un nuevo número 5 en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Por haberse ya recogido en otros trabajos suprimimos parte de este texto.

Para terminar, podríamos preguntarnos lo que puede ocurrir si la persona se manifiesta en contra de un tratamiento estando en condiciones de capacidad para cuando pierda esta y cuál sería la postura adoptable. El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, más conocido como Convenio de Oviedo, y aprobado por el Consejo de Ministros Europeo el 19 de noviembre de 1996 establece en su artículo 9 que «serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad», lo que está en consonancia con la actual regulación de las llamadas voluntades anticipadas. De esta disposición podemos extraer dos conclusiones. La primera, que es necesario considerar los deseos expresados libremente por el paciente con plena capacidad, cuando el mismo, por un deterioro de la enfermedad o por otros motivos, pierde la misma. La segunda, que la norma solo obliga a «tomar en consideración» dichos deseos y no a su cumplimiento imperativo. Deberán tenerse en cuenta los mismos y luego ponerlos en relación con el resto del ordenamiento jurídico y las normas de la deontología médica. Así, si el tratamiento rechazado puede salvar su vida o evitar graves consecuencias para su salud y bienestar futuro debe aplicarse a pesar de la oposición manifestada en un momento de capacidad. Y ello porque siempre quedará la duda de si el enfermo mantendría su negativa una vez enfrentado a las consecuencias directas de la falta de tratamiento. Por el contrario, si estos elementos no se dieran y el tratamiento rechazado solo aceleraría el proceso de curación debe respetarse la voluntad manifestada por el enfermo, salvo que derechos constitucionales mas prevalentes estuvieran en juego, lo que solo podría valorarse por la autoridad judicial.

La ley 41/2002 recoge en su artículo 11 estas instrucciones previas del paciente indicando que:

«1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su

salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito».

VI.— Derecho y libre accesibilidad.

Otro aspecto que de la protección de las personas con discapacidad que se encuentra limítrofe con las materias en que el Fiscal interviene hace referencia a la remoción de las barreras, físicas y de otro tipo, que se les imponen y que puede hacer imposible su normal intervención en la vida social y jurídica. Pensemos en lo que supone para una persona con problemas de movilidad vivir en un edificio sin ascensor para su normal desarrollo social. Esta situación puede afectar directamente a sus posibilidades de autogobierno ya que este exige capacidad para entender, capacidad para decidir, y capacidad o posibilidad de llevar a cabo lo decidido lo que se puede ver afectado por la existencia de problemas de accesibilidad. El año 2003 nos trajo, entre otras, la Ley 51/2003 de 2 de diciembre sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que parte de que todas las personas con discapacidad tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

Con cita de los artículos 14, 9-2º y 49 CE introduce como estrategias de intervención dirigidas a llevar a cabo las finalidades de la Ley las de «lucha contra la discriminación» y la de «accesibilidad universal».

La ley en su artículo 2 establece los principios fundamentales que la inspiran. Estos son:

«a) Vida independiente: la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

b) Normalización: el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.

c) Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

d) Diseño para todos: la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.

e) Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

f) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».

Queremos destacar aquí la posible intervención del Ministerio Fiscal en la aplicación de los principios fundamentales de la ley. La misma no contempla de forma expresa su legitimación, pero podemos preguntarnos si esta es posible en aquellos casos en que, incumpléndose las disposiciones que establece, el discapaz se encuentra en una situación de desamparo por carecer de representación legal necesitándola o, aún teniéndola, por su entorno económico y social presenta especiales dificultades para poder ejercitar las acciones que la ley le permite. Nosotros creemos que es así, ya que esta ley incide directamente, como hemos visto, en derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (pensemos en el derecho a la igualdad del artículo 14 CE en relación con el 9-2º del mismo cuerpo legal) y afecta a personas especialmente necesitadas de protección (artículo 124-1º CE y 3-3º y 7º EOMF). Todo ello hace que creamos que el Fiscal pueda tomar la iniciativa a petición de las personas afectadas o actuando de oficio cuando llegue a su conocimiento incumplimientos de los preceptos establecidos en esta Ley.

Además, frente a lo que pudiera parecer, no nos encontramos ante algo inusual o extraño. Son habituales en la actuación del Ministerio Público este tipo de acciones. Además, es necesaria esta intervención del Fiscal para que las declaraciones de esta Ley no queden en una mera declaración de principios, sino que sean instrumentos reales de igualdad e integración. No obstante, es importante indicar que el Fiscal solo debe actuar en aquellos casos en que la persona afectada se hallare desamparada o que la situación afecte de forma general a las personas discapacitadas, dejando las demás a iniciativa del resto de los legitimados que son los que deben tomar, en primer lugar, la iniciativa.

VII.—La manipulación mental sectaria o síndrome disociativo atípico.

En la sociedad actual han surgido nuevos problemas que afectan a la libertad decisoria de las personas y que pueden pretender una solución desde los mecanismos dirigidos a la solución de los problemas de las personas que carecen de facultades de autogobierno en un momento determinado. Este tema es especialmente delicado, ya que puede afectar al derecho a la libertad de creencias que se reconoce oficialmente por nuestra Constitución.

Indica Gete-Alonso que, como regla general, el dato de pertenecer a un grupo sectario o de manipulación psíquica no implica ni comporta, por sí mismo, ninguna valoración jurídica de la que se pueda seguir que el autogobierno de la persona resulte alterado. Ahora bien, se ha de aclarar que por la manera en que estos grupos actúan sobre la persona, la aplicación de los métodos de control, sin duda, suponen y provocan importantes alteraciones en aquella que pueden derivar en que la persona se encuentre en una situación de incapacitabilidad jurídica.

Es esto, precisamente, lo que nos interesa determinar. Si estas personas, pensando en su protección, pueden ser declaradas incapacitadas a fin de que, mientras dure la situación tengan una protección o se pueda intervenir en ellas sin contar con su consentimiento. Digamos, desde el principio, que somos partidarios de admitir la posible incapacitación de las personas afectadas, siempre que se den los requisitos que establece la ley y, sobre todo, en los casos más graves.

En primer lugar, debemos preguntarnos por la patología que les aqueja. Se identifica bajo el nombre « trastorno disociativo atípico » o « *síndrome disociativo de dependencia grupal* » el trastorno psicológico que presentan las personas que están afectadas por los grupos de manipulación mental. La Sociedad Americana de Psiquiatría incluye estos trastornos como un trastorno mental en su DSM-III-R definiéndolos como estados disociativos que pueden presentarse en individuos que han estado sometidos a periodos de prolongada o intensa persuasión coercitiva y cuyo rasgo predominante es un síntoma disociativo (trastorno o alteración de las funciones normalmente integradoras de la identidad, de la memoria y de la conciencia) que no cumple criterios para el diagnóstico de un trastorno disociativo específico.

En este síndrome se dan una serie de alteraciones que pueden afectar al concepto jurídico de capacidad / incapacitación. Entre otros:

- el aumento de rigidez del carácter.
- la drástica disminución del sentido del humor.
- el reduccionismo maniqueo de la realidad.
- el deterioro progresivo de las emociones.

- la transformación de la personalidad.
- la dificultad para adoptar decisiones y expresar necesidades.
- la regresión de la capacidad mental hacia la infancia.
- la alteración de la conciencia.
- conurrencia de episodios disociativos, alucinaciones, delirios, estados paranoides y obsesivos, trastornos hormonales y de alimentación, ansiedad, fobias, etc.

Como consecuencia de todo lo anterior las personas sobre las que se han practicado métodos de control mental pueden presentar varios ámbitos de su personalidad lesionados. La situación de control afecta:

- a) El entorno en el que se desarrolla la vida de la persona (residencia, vestuario, hábitos, dieta alimenticia, actividad diurna y nocturna, el sueño);
- b) Su actividad personal y económica (modificación, incluso, del nombre, funcionamiento en grupo, pérdida de la identidad personal).
- c) Su pensamiento y la formación de conceptos (ideología, imposición de datos y conceptos que sustituyen los propios) y en el acceso a la información (mínimo acceso a la información externa, eliminación de la capacidad de decisión individual).
- d) Las emociones (miedo, culpa, redefinición de los sentimientos, fobias, imposición de doble moral).

Por ello, los adeptos y ex adeptos suelen reflejar un deterioro de la capacidad de manifestar una autonomía adaptativa en su conducta cotidiana, pudiendo admitirse que, en los supuestos más graves, pueda acudir a incapacitar a estas personas afectadas. Una adecuada interpretación de la normativa y una aplicación racional de la misma conducen a que no deba excluirse esta posibilidad, sin perjuicio que, de *lege ferenda*, se prevea una vía específica como la existente en otros ordenamientos. La incapacidad en el aspecto parcial de prestación de consentimiento informado al tratamiento de desprogramación, a la separación imprescindible del resto de la secta y la nulidad por falta de capacidad de los contratos realizados mientras se encuentra en la misma pueden ser mecanismos suficientes para solucionar los problemas jurídicos derivados de este síndrome.

Esta opinión presenta el problema de que puede ser difícil considerar que los sectarios padecen una enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico, según los cánones de la psiquiatría tradicional, por lo que sería difícil en nuestro país obtener una incapacitación y tutela en base al llamado síndrome disociativo atípico, lo que ha provocado que algún autor haya solicitado la inclusión del artículo 200 CC de este síndrome como causa de incapacidad temporal.

Otro problema que se presenta hace referencia a la relación de estas actividades con el derecho constitucional a la libertad de conciencia y el posible choque con el mismo.

Representativo de estas posturas es Agustín Motilla. Este autor considera que los llamados «*actos de desprogramación*» que buscan contrarrestar el supuesto lavado de cerebro provocado por estas organizaciones, a las que denomina Nuevos Movimientos Religiosos, utilizan medios que, en ocasiones, violentan la voluntad del prosélito lesionando gravemente su derecho a la libertad religiosa. No obstante, añade que, el derecho a libertad religiosa está limitado por los derechos y libertades fundamentales de los demás, por lo que, en el momento en que se evidencien presiones o coacciones para ingresar en la organización o para impedir el abandono, los poderes públicos han de ejercer su función de protección del individuo y de sus derechos fundamentales, a través de la punición de la conducta delictiva de los responsables del grupo religioso y poniendo a disposición del ex-miembro todas las medidas de apoyo de orden sanitario para su recuperación personal y su rehabilitación social.

El problema está cuando nos encontramos ante un ciudadano mayor de edad que no desea abandonar la secta ya que, en un sistema democrático, no puede imponerse la ayuda al ciudadano en contra de su voluntad si las actividades que el mismo realiza no son perjudiciales ni personal ni socialmente. En esta materia es interesante la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de octubre de 1999 en el caso Riera Blume contra España (el asunto de la secta CEIS) en que el Tribunal reconoce la violación del artículo 5-1º del Convenio por considerar que estamos ante una privación de libertad ilegal y arbitraria la llevada a cabo para una desprogramación sectaria.

Una breve hipnosis del caso nos puede aclarar este tema. En junio de 1984 la Sra. E. Riera Blume fue detenida, junto con otras seis personas, por su presunta pertenencia a una secta que respondía al nombre CEIS (Centro Esotérico de Investigaciones). El arresto se produjo a raíz de una investigación llevada a cabo por el juzgado de instrucción número 6 de Barcelona y promovida por los familiares de los detenidos en la que se apreciaron indicios de actuaciones ilícitas por parte de la citada organización –tales como la manipulación psicológica o la inducción a la prostitución de sus miembros–. Los detenidos fueron puestos en libertad al día siguiente por el juez, quien, sin embargo, y advirtiendo el peligro de una reacción impredecible y tal vez suicida por su parte, ordenó –con el consentimiento de todos ellos– que fuesen entregados por la policía a sus familiares con el objeto de someterse a tratamiento psicológico. La entrega tuvo lugar en un hotel cercano a Barcelona, donde los detenidos, y ahora demandantes, fueron obligados a permanecer encerrados bajo estrictas condiciones de vigilancia y atención psiquiátrica durante diez días. Tan pronto como recuperaron su libertad, los interesados interpusieron demanda contra las autoridades que habían participado en su confinamiento, alegando, entre otras cosas, la existencia de una detención ilegal, así como de una violación al ejercicio de sus derechos individuales. Las pretensiones de los demandantes fueron rechazadas por la Audiencia Provincial de Barcelona y, posteriormente, por el Tribunal Supremo español, quien no apreció en la actuación de los demandados elementos de ilegalidad. Ante esta circunstancia los demandantes interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español con resultado igualmente desfavorable a sus reclamaciones.

Trasladado el asunto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste dictaminó la existencia de una violación del artículo 5 párrafo 1º del Convenio, al considerar que la actuación relativa al traslado y entrega a sus familiares de los detenidos llevada a cabo por la policía según las instrucciones del juez español supone la aquiescencia por parte de estas autoridades públicas con respecto al posterior confinamiento al que aquéllos fueron sometidos, siendo dichas autoridades responsables, en último término, de una privación de libertad ilegal con arreglo al contenido del citado artículo. Debemos destacar que el Tribunal tuvo en cuenta especialmente la mayoría de edad de los afectados.

Por otro lado, frente a otros ordenamientos jurídicos como el norteamericano, el sistema tutelar español no parece permitir tutelas personales de carácter temporal y, salvo casos extremos es difícil que un Juez declare incapaz a un adepto ya que la inclusión del síndrome disociativo atípico en el artículo 200 CC podría suponer una interpretación extensiva de un precepto limitativo de derechos.

Nosotros entendemos que, aunque la causa que repercute en el autogobierno de la persona no se pueda identificar con enfermedades ordinarias, sí pueden reconducirse al grupo de las deficiencias, cuando menos desde el punto de vista civil. Y que, además, lo importante no es la patología de base sino la limitación del autogobierno que provoca en la persona, como hemos indicado anteriormente.

Podemos definir la deficiencia como la carencia o insuficiencia que afecta tanto a aspectos orgánicos como psíquicos de la persona. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991 indica que *« (...) en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles (...) »*.

En el caso que nos ocupa, la situación que padece la persona adepta a un grupo de manipulación psicológica, en determinados casos se puede considerar como deficiencia —trastorno— que fundamenta una incapacitación.

Consideramos que, cuando la alteración que presente la persona sea persistente y grave, no existe razón que justifique el que se la excluya a efectos de dar lugar a una declaración de incapacitación de la persona. Recuérdese que, a través de la incapacitación, de alguna manera se pone en práctica el mandato constitucional de protección de la persona que lo necesite y que el principio de protección de la persona es el elemento fundamental a tener en cuenta.

La enfermedad o deficiencia físicas, por sí solas, no justifican una incapacitación, pero cuando provocan la incomunicación de la persona y su aislamiento del mundo exterior, pueden, sin duda, fundamentarla. Y las técnicas de control mental empleadas por estos grupos sobre las personas en la mayor parte de las ocasiones comportan la incomunicación del individuo y su aislamiento, su separación del mundo exterior. La incomunicación, el aislamiento repercute en la relación con el resto de los miembros de la sociedad y también, según el tipo de persona y la edad en la que se ha producido la influencia, repercute en su capacidad de discernimiento

conforme a los valores ordinarios. Si bien no podemos calificar a la persona como perturbada, puede constatar la existencia de importantes alteraciones y trastornos en la misma suficientemente relevantes en cuanto la apartan de la sociedad.

Finalmente, puede traerse a colación lo que, en relación al trastorno que se presenta en las personas afectadas por grupos de manipulación mental ha manifestado la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 27 de marzo de 1990 al determinar si procedía o no la aplicación de la atenuante de obcecación o estado pasional al hombre, miembro de los Testigos de Jehová, que había desconectado el catéter para obstaculizar la transfusión de sangre que se practicaba a su mujer (también integrada en dicho grupo religioso) y que murió a consecuencia de ello, señala: que «(...) el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales que dan, en dicha opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida y un ferviente y radical altruismo (...) que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentales que surgen de una particular exégesis de los Textos Sagrados, pueden conducir, y de hecho conducen, a una ofuscación del raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores que merman o recortan la capacidad de culpabilidad del sujeto (...)».

Se recoge así una situación de falta de control del autogobierno que, sin duda, puede dar lugar a una situación de incapacidad y, en caso de ser permanente, a una sentencia de incapacidad, generalmente parcial.

Por ello, se pueden adoptar todos los mecanismos derivados del mundo de la incapacidad para solucionar estos casos, cuando, realmente, esta causándose un daño a una persona sin que sea lógico excluir en bloque esta posibilidad en el caso de las sectas destructivas tanto para sustituir el consentimiento al tratamiento del síndrome, llevar a cabo una situación de internamiento o provocar una incapacidad para el gobierno de las personas y de los bienes.

VIII.—Los trastornos alimentarios. En especial la bulimia y la anorexia.

Una de las cuestiones que están empezando a llegar a las Fiscalías, cada vez con más frecuencia, son los casos de la existencia de trastornos de carácter alimentario que ponen en peligro la vida y la salud de las personas y la negativa de los afectados (generalmente, afectadas) a ingresarse para recibir el tratamiento necesario, sobre todo, en el caso de los mayores de edad.

Los Trastornos de la Conducta Alimentaria (TCA) son manifestaciones extremas de una variedad de preocupaciones por el peso y la comida experimentados por mujeres y hombres. Son problemas emocionales serios que pueden llegar a tener consecuencias letales.

Dentro de estas patologías se incluyen fundamentalmente:

- 1.— La anorexia nerviosa.— Es una enfermedad conductual que provoca una pérdida de peso en la persona que puede ir del 5% a un máximo de 60% del peso corporal normal. Se caracteriza principalmente por la auto-inanición (auto-negarse las comidas) y la pérdida excesiva de peso. Lo que caracteriza a la anorexia es la autonegación de la comida hasta extremos de inanición (extrema debilidad y desnutrición por falta de alimento). Sus efectos pueden dar lugar a la pérdida de la propia vida.

La anorexia aparece íntimamente ligada a la dismorfofobia: alteraciones imaginarias de la imagen corporal. Y ello porque las motivaciones primarias de su repulsa para el comer son un temor abrumador de tener sobrepeso junto con una imagen distorsionada del propio cuerpo. Aun cuando pierden bastante peso, las personas con anorexia todavía están convencidas de que están sobrepeso. Los alimentos se convierten en el enemigo, y llega a presentarse una fobia al peso. En los casos reales de anorexia, en aquellos en que una persona se niega el alimento hasta la desnutrición, hay algo más que un trastorno de la conducta alimentaria; es toda la personalidad, toda la subjetividad la que está trastornada.

En esta enfermedad y debido a la desnutrición las funciones del organismo sufren cambios drásticos de carácter físico (caída del cabello, sequedad de la piel, sensación de frío por descenso de la temperatura corporal, bradicardia, estreñimiento, molestias digestivas, hipotensión, amenorrea...) y psicológico (irritabilidad, tristeza, ansiedad, aumenta la dedicación al estudio, práctica obsesiva del ejercicio físico, se reduce la relación con compañeros y amigos con aislamiento paulatino, y aumentan los conflictos con padres y familiares).

- 2.— La bulimia nerviosa.— Enfermedad conductual que generalmente empieza a principios de la adolescencia cuando los jóvenes intentan las dietas restrictivas, fracasan y reaccionan con atascarse

(comer mucho). En respuesta a atascamientos, los pacientes se purgan mediante la toma laxantes, pastillas para la dieta o medicamentos para reducir los líquidos, o inducen el vómito.

Son síntomas de la bulimia la depresión, la ocultación y una obsesión con la pérdida de peso.

Otros problemas nuevos que están surgiendo son la llamada ortorexia – obsesión por comer sano– y el trastorno por atracón, cuyos efectos en el control de los impulsos se están empezando a hacer notar en nuestra sociedad.

Estas enfermedades parecen actuar como defensas ante la angustia. Las personas bulímicas obturan con comida ese agujero que es la angustia (así como los toxicómanos lo obturan con drogas, los alcohólicos con alcohol, los ludópatas con el juego) y, en ese sentido, parece responder al mismo mecanismo que las restantes adicciones: recurrir a un objeto siempre al alcance que produzca una sensación de satisfacción inmediata para ahogar la angustia, en este caso el objeto es la comida, no ya como objeto de la alimentación ni de placer gustativo sino de atiborramiento (una de las singularidades de la bulimia es que quien la padece puede atiborrarse de algo que, en muchos casos, él mismo reconoce como poco apetecible). Comer hasta el asco, beber hasta la náusea, intoxicarse hasta el malestar, parecen ser los signos característicos de las adicciones.

Lo paradójico en las anorexias es que, en lugar de obturar la angustia con un objeto que proporcione una satisfacción inmediata, lo hacen privándose de él.

Estas enfermedades, salvo que vayan acompañadas de otras patologías, no provocan en quienes las padecen una falta total de capacidad de autogobierno. Ahora bien, a consecuencia de la distorsión de la imagen corporal y a la excesiva preocupación por controlar el peso, el enfermo pierde el juicio de la realidad en esta parcela de su vida, sin advertir o sin dar importancia al riesgo que para su salud, como consecuencia de la destrucción, conlleva el curso natural de su enfermedad. Por ello, es posible la existencia, en los casos extremos, de una falta de autogobierno parcial que afectara a su sometimiento a tratamiento y a su cuidado personal en la faceta vital de la alimentación. Aunque algunos autores hablan, en estos casos, de la constitución de una curatela hasta tanto supere la enfermedad, sobre todo para la adopción de decisiones relativas al tratamiento médico, nosotros entendemos que, en realidad, nos encontramos ante una tutela de salud, en que el tutor, si bien no representa al pupilo por encontrarnos ante un acto de naturaleza personalísima, si actúa en cumplimiento de su deber de protección personal del tutelado y de prestación del consentimiento informado para los tratamientos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente. Entendemos que, en realidad, estaríamos ante una tutela limitada y no ante una curatela porque no se trataría de una mera asistencia a las decisiones del afectado, sino de una mera sustitución de la voluntad del mismo con los requisitos legales que se consideren convenientes.

En el caso de la bulimia nerviosa se añade a los síntomas de la anorexia una falta de control de los impulsos que puede afectar, no solo a la conducta alimentaria, sino a otras facetas de la vida, como son las compras compulsivas, hurtos o robos, promiscuidad sexual, abuso de tóxicos... Todo esto repercute en una limitación efectiva de capacidad por cuanto la persona afectada por dicho trastorno puede desarrollar conductas que ella misma en otro momento se reprocharía haber cometido.

Digamos que, el principal escollo para la incapacitación de estos pacientes es el de la falta de persistencia que pueden tener estas enfermedades, ya que son curables. La incapacitación solo se dará en los casos en que en el caso concreto no se prevea la remisión a corto plazo.

Lo que si puede darse en casos de extrema gravedad es el internamiento en centro especializado, aun contra la voluntad del enfermo, para lo que no es necesario la incapacitación pero si la existencia de autorización judicial.

En este sentido se ha manifestado la Audiencia Provincial de Barcelona en auto de 14 de marzo de 2006. Por el mismo se hospitalizó contra su voluntad a una chica, que media 1,70 y pesaba apenas 43 kilos, y culminaba un año de lucha judicial y sufrimiento de una familia que solicitó a la juez de Badalona que la joven fuera internada porque no quería tratarse de su enfermedad y estaban desesperados viendo cómo su salud y su carácter empeoraban cada día.

La juez rechazó esta petición tras atender el informe de un forense que no apreció « alteraciones o deficiencias físicas o psicológicas que impidan el gobierno de sí misma» y sin hacer caso a otros informes médicos que alertaban de « *riesgo vital*» y recomendaban su hospitalización vía judicial dada la poca colaboración de la joven en su tratamiento.

La familia recurrió a la Audiencia, que tras varios meses, encomendó a otro forense especialista en psiquiatría un nuevo informe sobre el estado de la joven. En este nuevo examen médico, el forense apreció que la joven no era consciente de su enfermedad y que ésta padecía un trastorno psíquico y de personalidad « con cierta severidad » y que precisaba « tutelaje en cuanto a necesidad de tratamiento psiquiátrico ».

De acuerdo a este informe, la Sección 18 de la Audiencia de Barcelona ordenó el ingreso involuntario de la joven. Manifiesta la Sala

«La medida de internamiento no voluntario por trastorno psíquico encuentra su amparo en lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 255 del Codi de Família de Catalunya, aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio, a tenor del cual procederá el internamiento de una persona por trastorno psíquico, previa autorización judicial si su situación no le permite decidir por sí misma. Cuyo procedimiento de adopción viene regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, amparado en el art. 5.1 letra e) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Es una medida de protección, no sancionadora ni punitiva, que responde a la existencia de una situación de urgencia. (...)

Sentado lo que antecede, y en aplicación de los meritados artículos y doctrina del Tribunal Constitucional, entendemos debe proceder revocar la resolución recurrida, atendiendo las alegaciones de la parte actora, considerando que puede apreciarse un error en la apreciación de la prueba por la Juez de la instancia, en cuanto solo valora el informe médico forense sin atender a los demás informes obrantes en las actuaciones, y en cuanto a dicho informe del médico forense de la instancia, aparece contradictorio con los emitidos por los Hospitales que han tratado y reconocido a Encarna.

En este sentido, en la documental aportada en la instancia del Servicio de Psiquiatría del «Hospital S.» se diagnostica una anorexia nerviosa, haciendo referencia a un gesto autolítico, y demás que resulta de la documentación aportada. Y, en informe de urgencias del Hospital de «B.», de fecha posterior, es de observar que como tratamiento recomendado se dice «agilizar el ingreso involuntario vía judicial» para adelantar en lo posible el tratamiento.

Y, en prueba practicada en esta alzada, en nuevo reconocimiento médico forense, se indica en el informe que Encarna de 20 años de edad realizó durante la postadolescencia un proceso de anorexia, que precisó de tratamiento psiquiátrico; ha consumido tóxicos, fundamentalmente cocaína; varios intentos de autolisis; inestabilidad emocional; no se tiene por enferma. Y, en conjunto apunta un trastorno de personalidad de cierta severidad: anorexia mental, intentos de autolisis, desadaptación, anosognosia (incapacidad de un sujeto para reconocer una enfermedad o defecto (orgánico o funcional) que padece él mismo.), concluyendo el médico forense que «precisa de tutelaje en cuanto a necesidad de tratamiento psiquiátrico ya que no tiene conciencia de problema en este campo, y existe riesgo en este sentido, existiendo también puntuales consumos de tóxicos severos y episodios depresivos. (folio 22 del Rollo de apelación).

En definitiva, entendemos que de los informes de sendos Hospitales, y del concluyente informe médico forense practicado en esta alzada, concurren los requisitos previstos y señalados en el fundamento de derecho anterior, en la existencia de una enfermedad psíquica real, sin conciencia de la enfermedad por parte de Encarna que impide su tratamiento, precisando el internamiento no voluntario; medida adoptada por éste Tribunal en el interés y beneficio de Encarna, que si bien puede ahora no comprender, tras el necesario tratamiento y rehabilitación, en su mejora, podrá entender, apreciar y valorar la correcta lucha de su familia para su curación y bienestar».

Vemos como estas enfermedades pueden afectar a las posibilidades de autogobierno, por lo menos de forma limitada, pudiendo dar lugar al consentimiento por representación que establece la Ley de Autonomía del paciente en su artículo 9.

IX.— Adicciones a sustancias.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico se planteó la duda, con relación a las situaciones de adicción, de si las mismas pueden ser causa de incapacitación, ya que no aparecen mencionadas de forma expresa en el artículo 200 CC, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia admite esta posibilidad.

Ello es así porque, como hemos manifestado en diversas ocasiones, el dato que provoca la incapacitación es la falta de autonomía de la persona y la situación de incomunicación que rodea a la misma, que la separa del

resto de la sociedad, lo que denota una alteración del raciocinio, y no la comprobación de que técnicamente se esté ante una enfermedad en sentido técnico. Por ello la jurisprudencia ha ido admitiendo la posibilidad de la pérdida del autogobierno de la persona como consecuencia de la adicción a este tipo de sustancias y, como consecuencia lógica, la posibilidad de la incapacitación y de la adopción de todas las medidas cautelares (personales y patrimoniales) que el ordenamiento establece para los casos de falta de autogobierno.

En este sentido podemos añadir que el consumo de drogas tóxicas o el alcoholismo crónico desestructura la personalidad y puede dar lugar a enfermedades psíquicas inducidas y a trastornos de la personalidad y de los impulsos que provoquen un déficit importante de autogobierno.

Como indica la SAP Barcelona (sección 18ª) de 27 de octubre de 2005:

«El Código Civil en su artículo 200 establece como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impliquen a la persona gobernarse por sí misma. La expresión gobernarse por sí mismo, es de gran amplitud, de manera que comprende, de una parte, el aspecto personal o subjetivo, comprensivo asimismo de los aspectos de atención y cuidado de la propia persona, y de otra parte, el aspecto objetivo o patrimonial, comprensivo asimismo de las facetas de administración y disposición de los bienes. No se trata tan solo de discernir si el presunto incapaz puede tomar decisiones sobre su persona y sus bienes, sino de determinar si puede realizar conductas, en el ámbito personal y/o patrimonial, que resulten perjudiciales para sí mismo y que no se ajusten a los límites que impone la convivencia social. En el caso de autos el demandado muestra una indiferencia total frente a su enfermedad de epilepsia que conoce perfectamente, y dicha indiferencia le lleva a no seguir de forma adecuada un tratamiento y al consumo excesivo de alcohol que no hace más que agravar su estado. Padece un déficit intelectual moderado que sin embargo y según el contenido del informe médico, no le dificulta el conocer cotidiano, pero se insiste en la necesidad de acordar una medida protectora que permita la no interrupción del tratamiento, entendiendo que las graves anomalías conductuales y la agresividad e impulsividad del demandado, se derivan de estas patologías incontroladas. Es decir, el consumo voluntario del alcohol y la negativa del demandado a seguir de forma adecuada un tratamiento de su enfermedad, tiene como efecto directo el desarrollo de conductas agresivas y violentas frente a las personas con las que convive, principalmente su entorno familiar más directo formado por sus padres y una de sus hermanas. (...) Es obvia la incapacidad del demandado para poder cuidarse de forma adecuada a sí mismo en el ámbito exclusivamente personal y por lo que hace referencia a su enfermedad, enfermedad que está produciendo un deterioro progresivo de su salud mental, concretamente y como ha afirmado el Médico Forense un deterioro en su área cognitiva de forma lenta pero progresiva y que en dicho ámbito requiere de la asistencia o complemento de otra persona que pueda garantizar la continuidad del tratamiento, al objeto de evitar dicho deterioro ».

No obstante, debemos tener en cuenta que la incapacitación implica la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debiendo inspirar la decisión judicial el principio de protección al presunto incapaz, lo que exige que tal pronunciamiento siempre se deba apoyar en la realidad fáctica del presunto incapaz, siguiendo siempre un criterio restrictivo, de manera que la inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada (SsTS 16 de septiembre de 1999, 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994): Así para que se incapacite a una persona no es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual, puede perfectamente integrarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien, incluso, con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudice mucho más la dolencia o patología, porque, lo que verdaderamente sobresale, es la concurrencia del segundo requisito previsto en el art. 200 CC, es decir, que el trastorno impida gobernarse al afectado por sí mismo, por lo que, si no se da dicho impedimento, no procede la declaración de incapacidad.

En esta materia se incluye, fundamentalmente, el alcoholismo y la drogadicción.

Por alcoholismo podemos entender el estado de embriaguez habitual en que se encuentra una persona como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas sin medida alguna. La simple y ocasional ebriedad o proceso agudo de corta duración que se manifiesta en perturbaciones de la comprensión y del juicio y en un actuar sin sentido, no tiene relevancia a la hora de modificar la capacidad de una persona. Una persona alcohólica es aquella que se encuentra en una intensa dependencia del alcohol.

El alcoholismo provoca graves consecuencias en el estado mental de quienes lo padecen como alucinaciones auditivas con matices paranoides e incluso con cierta semejanza con la esquizofrenia, embotamientos

letárgicos, alteraciones de la memoria reciente, etc... La duración de esta situación puede producir en el afectado consecuencias de carácter cerebral como lesiones cerebrales y neuropatías periféricas que pueden influir en su capacidad.

Estamos, pues, ante un estado patológico que supone una verdadera enfermedad cerebral que influye perniciosamente en la vida y en los actos de quien la sufre, afectando a su capacidad de autogobierno de forma permanente. Decidir cuando una persona se encuentra en esta situación es difícil por lo que es esencial que el Juez antes de decidir cuente con un dictamen completo realizado por un experto en este tipo de enfermedades.

La toxicomanía es un estado de intoxicación periódica o crónica, perniciosa para el individuo y para la sociedad, producida por el abuso repetido de una droga, que se caracteriza por la insuprimible necesidad de drogarse, la tendencia al aumento de las dosis ingeridas, y la dependencia física y psicológica que produce.

La ingestión habitual de estas sustancias influye en el estado psíquico de una persona, aunque la incapacidad dependerá del grado de influencia de la adicción sobre el sujeto, sobre su inteligencia y voluntad y sobre su capacidad de autodeterminación.

Los graves trastornos que pueden derivar de la carencia de la droga en el habitual de la misma, como graves trastornos de carácter neurológico y situaciones de coma con anoxia cerebral prolongada pueden provocar lesiones cerebrales crónicas e irreversibles que le conduzcan a la incapacidad más o menos plena y permanente, a lo que se une la gran duración de los tratamientos a estas personas que pueden exigir una declaración de incapacidad, al menos, mientras que dure el mismo y la designación de un curador para la protección de su patrimonio.

Para terminar, hemos de decir que, en la vida diaria, hemos encontrados pocos casos de incapacidad por estas adicciones que no fueran acompañados de alguna deficiencia o patología mental.

X.— Otras adicciones: ludopatía y compras compulsivas.

El juego por placer, ocio u objetivos monetarios tiene miles de años de antigüedad y ha estado presente en casi todas las culturas.

España es el país de la Unión Europea que más dinero gasta por habitante en juego y uno de los primeros del mundo, lo que hace del juego una de las principales actividades económicas del país. De todos los juegos, las máquinas tragaperras son el juego de azar que más adictos provoca (un 75% de todos los casos de juego patológico). De hecho, los jugadores patológicos surgieron paralelamente a la expansión de este tipo de juego.

En la actualidad, puede decirse, sin ningún género de dudas, que el juego patológico es un grave problema social que afecta a miles de personas en nuestro país y que provoca en los afectados importantes problemas personales, familiares, laborales y económicos.

El reconocimiento de la ludopatía como una entidad nosológica propia, se sitúa en 1980 cuando la *American Psychiatric Association* (APA) la introdujo bajo la denominación de «juego patológico» en su Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM–III) 312–31 junto con la piromanía y la cleptomanía. En este año se definen por primera vez unos criterios diagnósticos específicos, que contribuyeron a crear las condiciones necesarias para el desarrollo de la investigación sobre este trastorno.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), que no contemplaba el juego patológico en la novena revisión de su Clasificación Internacional de Enfermedades, lo incluyó sin embargo como una categoría diagnóstica en la siguiente revisión, la CIE–10, como un trastorno mental del comportamiento y el desarrollo. El CIE–10 habla también de ludomanía, diferenciando la misma del juego compulsivo, ya que, a diferencia de este, no se corresponde con un comportamiento de trastorno obsesivo–compulsivo.

Según estos documentos nos encontramos ante un trastorno del control de los impulsos. La persona que padece este trastorno se va haciendo de forma crónica y progresiva incapaz de resistir el impulso de jugar. Otros sectores pretenden equiparar la ludopatía con la dependencia a sustancias, pero en realidad, solo tienen en común la pérdida de libertad que ambas suponen, pero poseen una dependencia fundamental en el que el drogodependiente con una nueva dosis tiene suficiente para controlar la abstinencia, mientras que el ludópata puede pasarse muchas horas, incluso días, jugando sin poner fin a la misma.

Por su parte, el DSM–IV sigue considerando, como el DSM–III–R, que los problemas con el juego pueden observarse en individuos con trastorno antisocial de la personalidad, y si se cumplen los criterios para los dos trastornos, deben diagnosticarse ambos.

Por todo ello, se considera al juego patológico como un trastorno mental, sujeto a determinados criterios diagnósticos, lo que supone la existencia de enfermedad que pueda ser base de una situación de falta de autogobierno.

El énfasis en la dificultad en el control de la conducta constituye un elemento de conexión entre las adicciones y los trastornos del control de los impulsos. En esencia, el juego patológico se adapta perfectamente al concepto de conducta adictiva, lo que por otro lado, ha quedado reflejado en la evolución de los criterios diagnósticos del juego patológico en la clasificación DSM.

Se ha señalado que la implicación progresiva del jugador patológico en las conductas relacionadas con el juego, con una mayor dedicación de tiempo ya sea en el propio juego o en conseguir dinero para éste o para pagar las deudas, provoca la eliminación de otras áreas de intereses y actividades que hasta entonces eran consideradas importantes para el individuo. Como ocurre con otras conductas adictivas, el jugador patológico persiste en su comportamiento a pesar de las consecuencias negativas y los conflictos que éste provoca en el ámbito personal, familiar, laboral y social del individuo, que por lo general se encuentran profundamente afectados.

La concurrencia con otros trastornos psiquiátricos, además de ser un factor de riesgo para el desarrollo del juego patológico, representa un factor condicionante no sólo en la elección del tratamiento más adecuado, sino también en el pronóstico del trastorno y afecta de forma importante a la capacidad de autogobierno.

En esta línea, diversos autores han señalado una mayor prevalencia en esta población de abuso de alcohol y drogas, siendo este tipo de trastorno el que más claramente se encuentra presente, por lo que podemos tener la concurrencia de ambos en cuanto a una posible incapacitación.

El juego supone una alteración sustancial de la adaptación familiar, laboral, económica y social del sujeto. Asimismo la relación entre juego patológico y otros trastornos psicopatológicos es muy estrecha. Todo ello hace imprescindible, desde la perspectiva de una evaluación integradora, el análisis conjunto de todos estos ámbitos, sin limitarse exclusivamente a las conductas de juego.

Como conclusión, si bien el juego patológico o adicción compulsiva al juego en sí, no tiene porque ser causa de incapacidad, al suponer una limitación importante a la libertad de elegir o facultades volitivas, puede afectar al autogobierno sobre todo si va unida a otra patología psíquica y, en cuanto lo haga, puede dar lugar a la necesidad de constituir algunos de los mecanismos de protección establecidos en el Código Civil.

Igual ocurre con las llamadas « *compras compulsivas* » que también pueden suponer la manifestación de una falta de control de los impulsos y, por ello, una limitación importante de la libertad decisoria e incluso ser síntoma de la existencia de una enfermedad o deficiencia limitativa del autogobierno.

Cuando hablamos de compras compulsivas nos referimos al proceso psíquico que lleva a dar el paso para la realización de las compras menos convenientes. Se basa en dificultades para controlar los deseos o impulsos y someterlos a la reflexión o la crítica antes de pasar al acto. Esa imposibilidad de reflexión es la que provoca la existencia de un episodio de falta de autogobierno.

Digamos, no obstante, que estas patologías pueden solucionarse también, en determinados casos a través del instituto de la protección a las conductas desarregladas por la prodigalidad que, como sabemos, está en los límites de la capacidad de obrar.

En esta materia es muy interesante destacar la posibilidad de la autoincapacitación como medio de que se nombre una persona que pueda controlar la actuación del afectado cuando su voluntad se vea mediatizada por la dependencia. A través de ello puede nombrarse un curador o, en su caso, un tutor a los efectos de controlar nuestro ingreso en los listados de prohibición de acceso a los casinos y salones de juego, impedir la compra de bienes a plazo, etc.... Es posible, en estos casos, la autoincapacitación ya que el afectado conserva gran parte de su capacidad de autogobierno si bien esta puede verse limitada por el trastorno del impulso que supone el juego o la compra compulsiva. También puede ser interesante en estos casos la utilización de figuras similares al asistente alemán del que hablaremos al tratar los casos de personas con coeficiente intelectual límite.

XI.— Trastornos de la personalidad e inadaptación social.

Nos enfrentamos en la actualidad ante un evidente aumento de estos cuadros psicopatológicos que todavía están inmersos en la indefinición y por consiguiente en la confusión y que, muchas veces, son confundidos con enfermedades mentales sin que tengan nada que ver con las mismas.

Podemos definir la personalidad como « el fondo estructural y dinámico, perenne y propio de cada individuo en el que intervienen como componentes principales, la constitución somática, los instintos y las tendencias, la afectividad, la voluntad, la inteligencia, la escala de valores y también, de modo indirecto pero evidente, todo aquello que rodea al hombre».

Es el « *yo y sus circunstancias*» del maestro Ortega y Gasset. La personalidad incluye la amalgama de todas nuestras características psicológicas moduladas por nuestro entorno social y condicionadas por nuestra biología y que conforman nuestra forma de ser, o, lo que es lo mismo, el conjunto de rasgos emocionales y conductuales que caracterizan a una persona en su vida diaria.

Cuando este conjunto de rasgos supone una variante que va mas allá de lo habitual en la mayoría de las personas y son inflexibles y desadaptativos podemos hablar de un trastorno de la personalidad. El DSM-IV los define como patrones permanentes de experiencia subjetiva y de comportamiento que se apartan de las expectativas de la cultura del sujeto, tienen su inicio en la adolescencia o principio de la edad adulta, son estables a lo largo del tiempo y comportan malestar o perjuicios.

Pero sabemos que la enfermedad como causa de incapacitación no debe confundirse con comportamientos anómalos o antisociales del individuo, ni con formas peculiares de vida, que podrán provocar intervenciones de carácter social pero no ser causa de incapacitación. Por ello, los trastornos de la personalidad, en principio, se encontrarían excluidos del mundo de las protecciones por falta de capacidad y la mera inadaptación social no puede considerarse como causa suficiente de incapacidad legal.

Aunque Pinel definía estas conductas alteradas como manía sin delirio y muchas de ellas se encuentran recogidas en los catálogos de enfermedades mentales, teniendo muchas consecuencias parecidas a las mismas, la idea general es que no nos encontramos ante enfermedades sino ante formas atípicas de comportamiento. Esto provoca una importante problemática a la hora de plantearse la aplicación de los mecanismos jurídicos dirigidos a la protección de las personas con discapacidad y, en los casos más extremos, termina condenando a estas personas a la exclusión social e incluso a la vida carcelaria en unas condiciones poco idóneas para lograr una mejoría.

Es difícil definir estos trastornos de la personalidad, pero podemos decir que consisten en deficiencias psicológicas, que sin constituir una psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y a un equilibrio emocional y volitivo. Son desviaciones anormales del carácter o de la afectividad, de origen diverso (biológico, social o psicológico), que no afectan a una facultad concreta, sino al conjunto o equilibrio de todas ellas.

Digamos, además, que es difícil el deslindar los distintos tipos de trastornos de la personalidad y realizar una clasificación clara de los mismos por varios motivos. El primero es un elevado grado de comorbilidad presente en los mismos así como la también importante concurrencia de estos con otros trastornos psiquiátricos y con situaciones adaptativas y reactivas que dificultan aun más esta tarea, no siendo desdeñable la influencia de algunos autores que niegan la existencia clínica de estos trastornos. Por ello, se han excluido del concepto clásico de enfermedad mental lo que no deja de afectar al acercamiento clínico, social y, también, jurídico que se realiza a los mismos. A esto se une la escasa utilidad de los tratamientos clásicos del campo de la psiquiatría en la disminución de los síntomas, a veces muy agresivos, que estos trastornos pueden causar.

Todo lo anterior provoca importantes dificultades prácticas en el control de estas patologías ya que son rechazadas por los sistemas de salud mental y también los de deficiencias provocando la existencia de bolsas de falta de atención y de situaciones de desamparo que, muchas veces, dificultan la corrección de la protección que el derecho pretende para estas personas.

Conocemos un caso que puede reflejar muy bien el problema. Una chica que se encuentra valorada con una discapacidad por esquizofrenia con trastornos de conducta y fue condenada por una agresión a madre y tía con la aplicación de una eximente incompleta a una pena de cárcel y a su ingreso en el Hospital Penitenciario de Foncalent. La madre antes intento por todo los medios el ingreso de su hija en un entorno residencial dadas las conductas que mantenía con ella lo que no consiguió a pesar de acudir a todos los organismos implicados ya que la Unidad de Agudos consideraba que no se encontraba ante un enfermo psiquiátrico y que poco se podía hacer con ella y no padecía una discapacidad ni una edad para entrar en un entorno residencial de estas características. La intervención de la Fiscalía a requerimiento del Defensor del Pueblo autonómico hizo que se le acogiera en un piso tutelado de la Fundación Andaluza de Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM)

pero la experiencia no funcionó dado el carácter agresivo y la total negativa de la afectada a permanecer en él. Finalmente las pequeñas faltas se transformaron en un delito anunciado y fue condenada, además de a las penas, a un alejamiento de su madre por diez años. Cumplida la pena y, ante la puesta en libertad pura y dura (la falta de recursos hizo que ni siquiera pudiera disfrutar de la libertad condicional tras ser trasladada a una prisión ordinaria ya que el psiquiátrico indico que nada mas podía hacer por ella. Añadamos que, en prisión, se le detectó un cáncer de mama del que está en tratamiento), se incoó en Fiscalía un expediente informativo de intervención por el cual se traslado de prisión a la Unidad de Agudos donde estuvo algo más de dos meses. Los psiquiatras indican que no estamos ante un enfermo mental sino ante un trastorno esquizoide de la personalidad y que no puede seguir en el psiquiátrico. FAISEM la rechaza por no ser su « perfil » (y también por los problemas que dio la otra vez) y no existen residencias adecuadas y , aunque se le ha tramitado, la lista de espera es grande. Debemos añadir que está incapacitada siendo su tutora una Fundación Tutelar por la lógica negativa de la madre. Esta institución, siguiendo el modelo andaluz y por creer que así debe ser, carece de mecanismos residenciales. La madre adopta una postura ambivalente. Va a ver a su hija todos los días al Hospital pero cuando se le plantea la posibilidad de que su hija resida en su piso (ella se ha trasladado hace tiempo a vivir a un pueblo cercano con su hermana) y que la comida se la facilite FAISEM y los servicios de salud mental le controlen la medicación, se niega, incluso trasladándose otra vez a su piso para evitar que se le alegue que este se encuentra vacío. El problema es grave. Se le dio el alta sin tener esta persona donde dormir. Como solución de urgencia plantearon diferentes opciones si bien de carácter provisional. Por un lado se le trato de gestionar una cama en el Albergue municipal procurando que se le mantuviera más de los tres días que garantiza el mismo y poniendo en marcha el plan de atención que se quería implantar en su vivienda, lo que al final ha sido rechazado por la dirección del mismo. Se inició una nueva valoración de minusvalía y se llevó el caso a la Comisión residencial provincial. Al final la enferma reingreso en un piso de FAISEM donde continuó dando problemas hasta su reciente fallecimiento como consecuencia de su enfermedad. Una solución individualizada que no soluciona el problema general. La alternativa una enferma en la calle, un caso más de inadaptación social y un fracaso evidente del sistema de protección.

En cuanto a lo que hace referencia a los trastornos de la personalidad y a la capacidad debemos indicar que lo importante no es la patología si no la afectación del autogobierno y, por ello, una vez determinados estos trastornos como patologías si los mismos afectan a uno de los tres elementos básicos del autogobierno (falta de capacidad, falta de voluntad y falta de medios) deben dar lugar a la intervención en el campo del derecho de la capacidad por la existencia, total o parcial, de una verdadera falta de autogobierno.

Hay que tener en cuenta que los trastornos de la personalidad afectan de un modo particular a la expresión de emociones, de las necesidades y de los impulsos. Los procesos cognoscitivos pueden estar afectados en especial o incluso exclusivamente en el área de la planificación de la propia actividad y en la previsión de probables consecuencias sociales y personales. En ellos la expresión de las necesidades y de los impulsos tienden a presentarse sin tomar en consideración sus consecuencias o molestias sociales (el enfermo puede llevar a cabo actos antisociales, como robos, comportamientos sexuales inadecuados, comer vorazmente o no mostrar preocupación por su higiene y aseo personal). A ello se unen trastornos cognoscitivos, en forma de suspicacia o ideas paranoides o preocupación excesiva por un tema único, por lo general abstracto.

Además estos trastornos suelen darse coincidiendo con otras patologías que pueden dar lugar a la incapacidad. Así la comorbilidad entre enfermedad mental y trastorno de la personalidad oscila entre el 40– 70% de los pacientes ingresados por enfermedad mental que presentan, además, un trastorno de la personalidad.

El trastorno limite lo encontramos comórbido en mujeres con trastorno del animo, trastorno de la conducta alimentaria, trastornos psicóticos y esquizofrenia, trastorno de control de impulsos, toxicodependencia y trastorno conversivo. En los hombres es la toxicomanía y el alcoholismo, los trastornos del ánimo, el trastorno de control de impulsos y los cuadros psicóticos. Respecto a los trastornos psicóticos y la esquizofrenia y su comorbilidad con los trastornos de personalidad parece claro que él mas relacionado el trastorno esquizotipico, según algunos autores más de la mitad de estos pacientes desarrollan una esquizofrenia en el curso de los años.

La comorbilidad entre trastorno de personalidad y abuso de sustancias quizá sea el apartado mas estudiado estableciéndose un amplio debate sobre que trastorno aparece con anterioridad si el de personalidad previa o si el trastorno de la personalidad aparece como consecuencia del uso y abuso de sustancias. En la actualidad parece que hay un consenso en que el mantenimiento de las conductas adictivas es debido a que el sujeto padece un trastorno de la personalidad, este trastorno condicionaría la aparición de recaídas o el cambio de conducta adictiva cuando se ha superado una. Así es frecuente ver como pacientes que abandonan

su dependencia a opiáceos, tras un tratamiento, caen en conductas de consumo y dependencia de alcohol, o como alcohólicos ya rehabilitados inician conductas ludopáticas, cuando no van asociadas ya desde su inicio.

Esta situación de comorbilidad provoca la dificultad del abordaje de estas situaciones. En estos casos la respuesta al tratamiento es siempre peor, tienen una mayor tendencia a la cronicidad y tienden a un mayor abandono de los tratamientos, suelen escudarse en los efectos secundarios de la medicación o en la larga duración de los tratamientos psicoterapéuticos. Igualmente provocan un gran deterioro psicosocial, ambiental y afectivo, la ruptura o el no-establecimiento de redes sociales, el entorpecimiento de las relaciones interpersonales que hace que estos sujetos tiendan al aislamiento y a una mayor dificultad para la resolución de sus problemas y se sitúen en el terreno de la inadaptación social.

Y el elemento extremo de la inadaptación social es la prisionización y el problema de los llamados « *sin techo* ». La presencia de estos, pidiendo limosna, sucios y descuidados, molesta a los comerciantes y a los ciudadanos, que se quejan ante los Ayuntamientos y estos, con el fin de dar una respuesta, derivan el problema a las Fiscalías y Juzgados tratando de alejarlos de las calles con un internamiento obligado y presumiendo su anormalidad. Otras veces son los particulares los que acuden directamente a la Administración de Justicia con un nutrido pliego de firmas. Sobre todo en los municipios más pequeños las presiones sobre los órganos judiciales al respecto son muy fuertes, ya que se trata de acallar las continuas quejas de los vecinos y retirar de las calles de la ciudad a estas personas, por medio de la privación de su libertad deambulatoria. Se olvida en estos casos que la incapacitación, la tutela y el internamiento no son mecanismos de represión o de control del diferente, sino de protección del enfermo. Si en el caso concreto estamos ante una persona aquejada de una enfermedad que le impide gobernarse por sí mismo, claro que se podrá usar los mecanismos legales establecidos para la protección de los mismos. En otro caso, el acudir al Fiscal o al Juzgado supone una « *huida hacia delante* », un reconocimiento de la inutilidad de los mecanismos sociales de asistencia, que trata de solventarse con la limitación de los derechos fundamentales del ciudadano, lo que en una sociedad democrática es inaceptable. Son los entes locales, la sociedad civil, los que deben solucionar la exclusión y solo acudir a los Tribunales de Justicia y a los mecanismos de protección de las personas con discapacidad cuando exista un verdadero problema de falta de autogobierno.

No compartimos la necesidad de promover el ingreso forzoso de las personas sin hogar, en contra de su voluntad, si existen mecanismos sociales que no se han utilizado. Solo si el estado de abandono es reflejo de un auténtico deterioro físico o psíquico procedería la búsqueda del internamiento para lo que es esencial la coordinación con los servicios sociales de CCAA, Diputaciones y Ayuntamientos.

En esta materia es interesante la posible aplicación del artículo 239-2º del Código Civil. En las I Jornadas de Fiscales de Tutelas y Discapacitados celebradas en Madrid en el año 2004 se entendió que este último párrafo del artículo 239 CC solo sería aplicable en aquellos casos en que, existiendo una declaración judicial de incapacidad, no se haya podido designar o designado tutor a un familiar, persona allegada o persona jurídica idónea. Debe excluirse de este precepto a los discapacitados naturales, puesto que, el artículo 199 CC exige sentencia para considerar que existe una situación de incapacidad, a diferencia del caso de menores en que la minoría de edad viene marcada por un dato objetivo no judicial.

Esto no quiere decir que, con antelación a la sentencia de incapacidad, no se pueda intervenir en defensa del incapaz natural que se encuentre en una situación de verdadero desamparo. Esto se podrá acordar mediante resoluciones en las que se atribuya a esas entidades la protección de personas que aun no hayan sido declaradas incapaces por la vía de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 LEC o 158 CC, pero ya no por ministerio de la ley, sino porque en ese caso concreto se haya apreciado por el Juez la conveniencia de que así se haga.

En los casos en que estos problemas supongan una falta de autogobierno en el sentido antes dicho, se podrá utilizar con los mismos todos los mecanismos legales que el ordenamiento jurídico prevé para la protección de las personas con el autogobierno limitado. Habrá que valorar el caso concreto para ver si se dan los requisitos para considerar existente la falta de autogobierno.

XII.— Personas con capacidad intelectual límite.

Los llamados tradicionalmente trastornos límites o en terminología inglesa *borderline* (trastorno de la personalidad fronteriza) son aquellas personas que presentan un coeficiente intelectual inferior al normal (entre el 70 y el 85%) y que además presentan dificultades en la conducta adaptativa que no impiden un buen

grado de autonomía en las actividades de la vida diaria y que conviven con una buena capacidad (desarrollada o no) de autogobierno, siempre y cuando estas dificultades se manifiesten antes de los 18 años. Por eso se prefiere su denominación como personas con capacidad intelectual límite o personas con discapacidad intelectual y necesidad de apoyos intermitentes (DINAI). Con la conveniente instrucción pueden desarrollar una actividad familiar, social y laboral completamente normal.

Pero las personas con inteligencia límite normalmente no entran en las categorías oficiales que delimitan la discapacidad jurídica, por lo que no suelen tener acceso a las ayudas establecidas legalmente.

Son sujetos que tienen similares necesidades de protección que las personas con discapacidad, pero multitud de dificultades para recibir dicha protección. Por ello en las Conclusiones de las XXIV Jornadas de la Fundación Aequitas celebradas en Valladolid en Octubre de 2007 sobre el acceso al empleo y a la función pública de las personas con discapacidad se aboga por una normativa que establezca un régimen jurídico propio para estas personas. Importante para lograr estas expectativas es el desarrollo de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fija su ámbito en situaciones de discriminación e indefensión, no en categorías médico-jurídicas o en porcentajes, sino en situaciones personales o sociales. De esta forma, las personas con inteligencia límite quedarían equiparadas a las personas con discapacidad ante problemas que les fueran comunes.

Para una vida normalizada estas personas necesitan apoyos y ayudas que no suelen recibir ya que no llegan al 33% de minusvalía que exige la ley. De igual manera, en principio, la solución para estas personas no es la incapacitación, si bien, al ser esta graduable pueden serlo parcialmente para nombrar una persona que les asista más que representarle (curador) o someterlos a una tutela mitigada.

Debemos tener en cuenta que la discapacidad intelectual es dinámica (ya que está sujeta a cambios) y relativa (puesto que es resultado de la interacción de la persona con su ambiente, aspecto que, como hemos visto, también posee su trascendencia al hablar de capacidad de obrar). Esto significa que, dependiendo del entorno, una persona con un grado leve de discapacidad intelectual puede alcanzar una calidad de vida, y un nivel de autonomía y autogobierno que le permita el desarrollo de una vida normal con la sola ayuda de apoyos puntuales en determinadas esferas vitales. Esto es especialmente cierto en el caso de los DINAI que se caracterizan por los siguientes rasgos:

- 1.- Habitualmente, tienen una apariencia de normalidad que no evidencia su discapacidad. Ello ha dado lugar a que se les denomine el « *colectivo invisible* ». Esto se transforma en un verdadero obstáculo ya que les hace que tengan que competir con personas sin discapacidad por lo que parten con desventaja. Así si consiguen superar el 33% de discapacidad los encontraremos en los centros ocupacionales realizando tareas muy por debajo de sus capacidades y si no se verán abocados a la sociedad competitiva que no permite vacilaciones. En ambos casos, se encontrarán en un terreno terriblemente hostil. Todo esto los pone en una importante situación de riesgo.

Son, igualmente, manipulables lo que provoca que puedan realizar actos jurídicos de gran trascendencia con desconocimiento del alcance real de los mismos. Por último, las instrucciones judiciales poco minuciosas y las defensas jurídicas superficiales que no han sabido detectar la minusvalía del acusado, los pone en una situación de riesgo que facilita, en muchos casos, su ingreso en prisión por la realización de determinados delitos cuyo alcance pueden no conocer.

Este problema, a nuestro entender, se complica aún más con el actual sistema de juicios rápidos ya que la mayor parte de los delitos que cometen se encuentran dentro de su ámbito y la presión que la legislación ejerce sobre los Jueces hace que estos casos aumenten de forma importante. Un diagnóstico adecuado de estas deficiencias y de sus efectos sobre la imputabilidad y la capacidad del individuo no puede darse en el parco periodo de tiempo que los mismos imponen, lo que unido a la tendencia de estas personas a desconocer u ocultar su enfermedad, así como su situación, en muchos casos, de exclusión familiar provoca un aumento de los casos en los cuales se condena (incluso con conformidades de personas que no entienden realmente lo que las mismas suponen) sin tener en cuenta minimamente la patología psíquica del autor .

Se dice que estos internos (que no son pocos) son los más marginados entre los marginados. Son marginados en los propios centros penitenciarios; acaban siendo reclusos en las enfermerías o desamparados en los módulos. Y provienen de las capas sociales más desprotegidas. Por ello, requieren una especial atención y apoyo.

En el campo de la discapacidad intelectual se hace muy difícil distinguir entre el retraso mental leve o ligero y la simple pobreza extrema y el bajo nivel cultural. Ahora bien, estas personas tienden a seguir a otros con facilidad por su deseo de ser « normales » pudiendo estos manipularlos. Por ello son con frecuencia utilizados por otros para la comisión de actos delictivos sin ser conscientes de las consecuencias de los mismos. Cuando son detenidos responden de manera confusa a los funcionarios policiales lo que aumenta su vulnerabilidad y sus posibilidades de ser encerrados. Suelen responder de forma afirmativa al ser interrogados con el fin de ganarse la aprobación del interrogador y ocultar su discapacidad. Una vez en prisión sus posibilidades de recibir beneficios penitenciarios son menores que el del resto de los internos.

Por ello, la estancia en prisión de las personas con discapacidad intelectual es completamente devastadora ya que son objeto de abusos, explotación, manipulación e incompreensión lo que provoca un mayor número de actos de indisciplina que perjudican su acceso a los beneficios penitenciarios. Carecen también de programas específicos de reinserción y rehabilitación que se adapten a sus necesidades. Esto transforma la pena en un castigo cruel y degradante proscrito por los derechos humanos que podría evitarse con un adecuado abordaje de estas situaciones.

- 2.- Suele darse un desfase entre su edad cronológica y su edad mental. En ellos parece haberse « *detenido el tiempo* ».
- 3.- Presentan dificultades para tomar iniciativas y generar mecanismos racionales que les permita la resolución de situaciones cotidianas por lo que están en un riesgo continuo de ser sometidos a abusos tanto de carácter personal como económico.
- 4.- Presentan un proceso de aprendizaje lento que necesita más apoyo y más tiempo para alcanzar el nivel requerido. Su lenguaje es limitado y les cuesta comunicarse a través de la escritura y lectura convencionales.

Poseen un déficit en la comprensión de dimensiones abstractas, dificultad para organizarse y situarse. Fuera de sus hábitos les falta iniciativa y capacidad de improvisación.

En la práctica, se les da dificultades en la gestión del dinero, en la devolución de cambio o en el valor del dinero lo que les crea problemas en el control de los recursos económicos propios. Les cuesta entender y ejecutar tareas complejas o conducir su propio vehículo.

A todo esto, se unen determinados problemas de carácter afectivo y el trato paternalista y protector que les da la sociedad y sus familias y que va en contra de la promoción de su autogobierno que debe perseguirse, por lo que se les aleja, cada vez más del libre desarrollo de su personalidad.

Para evitar todos estos problemas estas personas necesitan apoyos intermitentes durante toda su vida y de diferente intensidad según los requerimientos de los diferentes contextos y roles sociales que la persona debe desempeñar. Su integración exige, también, la participación en los procesos civiles de toma de las decisiones que les afectan.

Debemos preguntarnos si esta posibilidad la ofrece nuestro sistema jurídico. No podemos menos que contestar negativamente ya que, las figuras de protección para las personas que sufren una discapacidad que les impide gobernarse por sí mismas no parecen resultar suficientemente útiles para cubrir las necesidades de este colectivo.

En realidad, estas personas no son, en general, personas susceptibles de una incapacitación entendida en su sentido tradicional. Además, la incapacitación solo debe usarse de forma excepcional y solo en los casos y con la proporción en que sea necesaria. Debemos optar por ello por la construcción de nuevos mecanismos jurídicos para la protección de estas personas que no precisen la incapacitación y mientras estos no existan utilizar los existentes (graduabilidad de la incapacitación, guarda de hecho, curatela, etc.....).

Esto conlleva, asimismo, la búsqueda de mecanismos de determinación de la necesidad de protecciones especiales que, sin incapacitar, impidan los abusos sobre estas personas. Patricio Monzón propone la creación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que finalice con una resolución cuyo objeto sea el de constatar la situación de los DINAI y la creación de un procedimiento de apoyo a la voluntad. Este autor habla de « estado civil de apoyo a la voluntad ». No queremos ahora (faltaría más) cuestionar la brillante obra de Federico de Castro con el avance que supuso en el desarrollo del concepto de incapacidad. Y si quisiéramos necesitaríamos más espacio que el que nos permite este modesto trabajo. Pero nosotros creemos que las nuevas concepciones

de la discapacidad, conlleva un nuevo acercamiento jurídico a las mismas y eso provoca que la seguridad y permanencia que se buscaba con la configuración de la incapacitación como un estado civil de la persona se haya terminado transformando en un lastre que impide la flexibilidad que las personas con discapacidad necesitan para el desarrollo de una protección que las integre en la sociedad. Por ello, conservando la concepción de estado civil para los casos más extremos, entendemos que deben buscarse mecanismos ágiles que permitan, sin afectar al estado civil, llevar a cabo una protección y asistencia a las personas con deficiencias en su participación en el mundo jurídico que, de una forma u otra, afecten a su autogobierno.

Estos mecanismos pueden y deben ser judiciales, pero eso no quita la posibilidad de que en uso de su autonomía de la voluntad la persona con capacidad ligeramente limitada pueda realizar notarialmente una simple declaración de voluntad reconociendo su limitación y estableciendo el régimen de protección que considere conveniente, de tal manera que sin la concurrencia de este, los actos que realice puedan ser anulables. Ahora bien, debería evitarse que algún pariente quiera conocer o controlar todos los actos de administración o disposición de otro al que se someta a una inapropiada presión o coacción con el fin de conseguir que se le nombre por el afectado para controlar su gestión económica.

Para evitar todo esto, si una persona DINAI queda sometida al régimen de apoyo a la voluntad, debería poder realizar todos los actos que desee para lo que podrían utilizarse los siguientes medios que puede solicitar:

- Que concurra el consentimiento de la persona designada para ello de forma fehaciente.
- Cuando lo consientan dos parientes próximos que no tengan interés alguno en el acto de que se trate.
- Cuando un notario, previo expediente, de fe de que a su juicio el acto es razonable o cabal.
- Los realizados al amparo de autorización judicial.

Si miramos al derecho de nuestro entorno, dentro de las figuras que el derecho comparado nos ofrece para proteger sin incapacitar podemos destacar el administrador de apoyo italiano creado por la Ley número 6 de 9 de enero de 2004. Esta figura realiza intervenciones de apoyo temporal o permanente, conservando el beneficiario la capacidad de actuar en todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.

Nos encontramos también la figura del asistente del Derecho alemán que se encuentra propuesta en el Anteproyecto de reforma del Libro II del Código Civil catalán que actualmente está comenzando a debatirse. En este anteproyecto se establece que la persona mayor de edad que necesite apoyo de su persona o de sus bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades podrá solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, debiendo la autoridad judicial respetar la voluntad de la misma en cuanto a la persona a nombrar o la exclusión por esta de alguna persona.

El alcance de la asistencia se recogerá en la resolución judicial que la implante, si bien corresponde al asistente la prestación del consentimiento informado para tratamientos médicos en el caso de que el protegido no se encuentre en situación de decidir y no haya otorgado documento de voluntades anticipadas.

En el ámbito patrimonial el asistente intervendrá de forma conjunta con la persona protegida en los actos jurídicos establecidos, pudiendo también otorgársele a petición del protegido funciones de administración del patrimonio.

La asistencia no perjudica a terceros mientras que no se inscriba en el Registro Civil.

La consecuencia es que los actos jurídicos que la persona protegida realice sin la intervención de la persona asistente, cuando esta sea necesaria, son anulables a instancia de la persona titular de la asistencia y de la persona protegida en el plazo de cuatro años contados desde que se extinguió la asistencia.

Con figuras como esta que pretende implantar el derecho catalán se podrá dar una respuesta jurídica a las personas de inteligencia límite como un elemento más en el camino de su integración en la vida social.

XIII.— Conclusiones.

Queremos, tras lo expuesto, realizar un resumen o conclusiones sobre lo que hemos ido estudiando a lo largo de este trabajo. El tema es suficientemente amplio para que no sea fácil el fijar conclusiones concretas sobre lo expuesto. No obstante, podemos destacar las siguientes ideas:

- 1.— Existen en la actualidad realidades nuevas que colocan a la persona en una situación de riesgo como consecuencia de su falta de autogobierno entendida esta, no solo como falta de capacidad,

sino también como falta de control o inexistencia de medios del afectado para actuar contra el riesgo.

- 2.– El derecho no puede dejar de actuar en los casos en que se provoque un riesgo irrazonable para personas que carecen de los mecanismos biopsicosociales que le permitan autoprotegerse de estos riesgos por lo que los mecanismos jurídicos dirigidos a proteger a las personas sin autogobierno o con autogobierno limitado pueden utilizarse en estos casos cuando de las circunstancias se deduzca que nos encontramos ante una verdadera falta de autogobierno.
- 3.– Entre estos aspectos tiene una especial relevancia las personas de inteligencia límite que se encuentran en una especie de tierra de nadie entre la « normalidad » y los mecanismos de protección. Deben buscarse instrumentos que permitan a estas personas tal como se contempla en el derecho comparado y en algunos proyectos legislativos nacionales.
- 4.– Al tener el Ministerio Fiscal encomendada la protección de las personas carentes de la posibilidad de gobernarse a sí mismos tiene también encomendada la protección en estos casos que, en principio, pueden no parecer encuadrados en las situaciones en que el Ministerio Público debe actuar.
- 5.– El artículo 1-7º del Código Civil establece que « los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido ». Esta aplicación provoca el que los jueces deban dar respuesta a los problemas jurídicos que se le planteen sin que puedan alegar la inexistencia de un precepto jurídico concreto que sea aplicable para dar una respuesta al ciudadano que se la pide. El Ministerio Fiscal debe velar en estos casos por el cumplimiento de este principio para una correcta protección de las personas con capacidades especiales debidas a su limitación de autogobierno.

11.– INTERNAMIENTOS II

PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS INTERNAMIENTOS DE CARÁCTER RESIDENCIAL,
MEDIOS DE CONTENCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LOS CENTROS RESIDENCIALES.

11.- INTERNAMIENTOS II

PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS INTERNAMIENTOS DE CARÁCTER RESIDENCIAL, MEDIOS DE CONTENCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS CENTROS RESIDENCIALES.

I. -Incapacidad e internamientos.

El internamiento es una medida de protección que se adopta, bien para lograr un mejor tratamiento médico o rehabilitador, bien para obtener una mayor calidad de vida y asistencia de la persona internada cuando esta no se puede conseguir por otros medios. El principal problema que tiene la regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico es que el mismo contempla únicamente el internamiento de carácter terapéutico que, como veremos, no es el único que puede practicarse.

Debemos recordar primeramente los principios que presiden el mismo y sin cuya concurrencia puede convertirse en un remedio legal cómodo pero que conculca derechos y libertades individuales. Estos principios se contienen en la Constitución española (artículos 15, 17, 43-1, y 49) y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España en 1979, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de febrero de 1983, sobre la protección de las personas que sufren enfermedades mentales como pacientes involuntarios, y algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto al ingreso de ancianos en residencias cuando ya no pueden valerse materialmente por si mismos pero conservan gran parte de su capacidad decisoria, debemos indicar, en primer lugar, que la filosofía que debe inspirarnos es la de que el anciano debe permanecer el mayor tiempo posible en su entorno habitual. Debe « envejecer en casa». Esto debe configurarse como un derecho básico del anciano, tal como recoge la resolución 46/1991 de 16 de diciembre de la Asamblea General de las Naciones Unidas que indica que los ancianos deben

«Tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio; Poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible».

Profundiza en esta tendencia la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aplicable, sin duda, a muchos de los ancianos por su situación de dependencia y discapacidad que, en sus artículos 18 y 19, establece:

18-1º.- *«Los Estados partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia (...), en igualdad de condiciones con las demás (...).»*

19.- *« Los Estados partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:*

a).- Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico (...).»

Pero para poder cumplir este principio muchas veces deben realizarse reformas y acondicionamientos no siempre al alcance de todas las familias, así como mecanismos de atención permanente al anciano y mecanismos de apoyo en el domicilio que no siempre existen, ni llegan a todos los rincones de nuestro país, así como la adopción de otros mecanismos alternativos, tales como acogimiento familiar y las viviendas tuteladas o compartidas.

Por ello, hay casos en los que debe acudirse a las residencias como forma de mantener en el anciano una cierta calidad de vida. También la OCDE en 1994 recomendaba el que se debía permitir a las personas mayores dependientes que no puedan ser atendidas en su domicilio, el disfrute de una buena calidad de vida mediante la mejora de la oferta residencial, teniendo siempre en cuenta sus preferencias individuales.

Es por esto por lo que debemos permitir el ingreso en un Centro, sobre todo el no voluntario, pero con un carácter excepcional y solo cuando sea estrictamente necesario, bien por existir un riesgo grave para el paciente, bien si la ausencia del internamiento entraña un deterioro en el estado del paciente o impide que este reciba el tratamiento adecuado. Ciertamente que no estamos ante un internamiento psiquiátrico ya que este es una actuación sanitaria destinada a la recuperación de la salud, y aquí ese no es el fin que se persigue.

También debemos tener en cuenta el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece la obligación de los Estados Partes de asegurar que «las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables».

La clave del problema está en determinar si el internamiento forzoso es un acto discriminatorio o no en relación con los demás ciudadanos, y ciertamente lo sería el internamiento de personas con discapacidad sobre la base exclusiva de su discapacidad.

El internamiento por trastorno psíquico previsto en el art. 763 de la LEC, es una excepción a la regla general, que se basa en determinadas condiciones no referidas a la discapacidad sino a la enfermedad psíquica.

El internamiento forzoso de carácter urgente, es decir el dictaminado por la autoridad médica y convalidado por la autoridad judicial, no es contrario al espíritu de la Convención, pues cumple los requisitos del Art. 12.4. (aplicación en el plazo más breve posible, sujetos a exámenes periódicos y acordados judicialmente), existiendo los mismos controles que para la privación de libertad de cualquier ciudadano.

Vemos como las fuentes indicadas proclaman la imperiosa necesidad del control judicial de estas medidas, en garantía de uno de los derechos humanos más sagrados, como es el de la libertad, cuyo ejercicio, defensa y garantía se reserva a los Tribunales de Justicia, como los más idóneos para su tutela y protección.

Aunque objetivamente el internamiento forzoso suponga un acto contrario a la voluntad explícita del enfermo, se puede entender que, de hecho, esta voluntad está abolida o mermada como consecuencia de la enfermedad y, en puridad conceptual, no se contraviene el deseo de autodeterminación de una persona capacitada desde el punto de vista del individuo dotado de las facultades propias de un adulto normal.

Tratamos con mayor profundidad en otros lugares de este trabajo los ingresos involuntarios.

Por último, debemos tener en cuenta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia establece en su artículo 4-2 que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a

«g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.

h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio».

Con estos nuevos artículos el problema debe desaparecer no existiendo ya duda de la necesidad de autorización judicial en el caso de los internamientos involuntarios.

En este tipo de internamientos podemos encontrarnos ante distintas situaciones:

—Si hay oposición expresa del paciente, el ingreso debe ser excepcional y sólo cuando sea estrictamente necesario por existir un riesgo grave para el paciente o ser conveniente para que pueda recibir un trata-

miento adecuado. Es preciso, además, que el afectado no sea totalmente consciente de las consecuencias de su negativa, porque si lo es, su voluntad habrá de ser respetada.

–Si no es voluntario simplemente porque el afectado no está en condiciones de decidirlo por sí, sin oponerse, parece suficiente con constatar que es la opción asistencial o residencial más adecuada, sin que existan otras alternativas viables mejores.

–El principal problema se plantea si el internamiento es necesario, no por razones terapéuticas, sino cuando familiar y socialmente no se puede atender al anciano y este se opone al ingreso con plena conciencia. El Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de diciembre de 2002, en un caso de estas características razona de la siguiente forma:

« (...) no parece obstáculo la oposición del sujeto, ya que dicha manifestación ha de presumirse que no ha sido tomada en las condiciones de estabilidad y suficiencia mental normal de la persona, en vista de su estado psíquico, en segundo lugar, que el estado actual de dicha enfermedad degenerativa no es incipiente, sino que se encuentra en avanzado estado, hasta el punto de que necesita una persona para la deambulación así como para las actividades más imprescindibles de la vida como vestirse, comer, asearse, etc..., sin que tenga autonomía personal, doméstica, o social, y por último, que dicho estado mental tiene carácter irreversible al ser progresivo, de modo que su internamiento deviene necesario, no sólo para prevenir los riesgos personales a que puede conducirle su estado, sino también para prestarle, como exige su dignidad personal, la atención y cuidado de los centros especializados para tales enfermos, por lo que ha de llegarse a la conclusión de considerar justificado el otorgamiento de la autorización para el internamiento que se interesa, sin perjuicio de lo que disponen los artículos 202 y 203 párrafo primero del citado Código sustantivo».

La concesión del Auto del internamiento no asegura el ingreso en un centro, dependiendo ello de la capacidad económica de la familia o de los Servicios Sociales existentes. Por ello es conveniente que antes de iniciar el procedimiento se hayan realizado gestiones para conseguir plaza en un centro adecuado. Especialmente problemático es esto en los casos en que el discapaz tiene una adicción o un trastorno de conducta, cosa por otra parte habitual. Son estos casos los que se han denominado dobles patologías de difícil ubicación en centros dedicados a determinados pacientes y pertenecientes a diversas administraciones que se remiten las unas a las otras y las otras a las unas. En estos últimos tiempos, la Junta de Andalucía ha dado un importante paso adelante al constituirse una comisión mixta de Salud Mental y el Instituto Andaluz de Servicios Sociales, para resolver estos casos estudiándolos y eligiendo el dispositivo correcto.

II.– Problemática del examen judicial del discapacitado como prueba obligatoria.

En lo que hace referencia a la práctica de la prueba, el examen del enfermo obligará, en muchos supuestos, a trasladarse al lugar del internamiento si esta medida, por razones de urgencia, ha sido ya adoptada, porque no resultará fácil que el internado se encuentre en condiciones de ser llamado ante la presencia judicial, a menos que tras su examen por el equipo médico del Centro se haya optado por el tratamiento del mismo en cura ambulatoria reintegrándolo a su domicilio.

El examen y el dictamen debe producirse de forma directa y personal examinando el Juez por sí mismo al internado en el Juzgado o en el domicilio, según proceda, encomendándose el dictamen al Médico forense. En caso de que el paciente sea ingresado con carácter de urgencia y al tiempo de acordar su examen no se encuentre en el Centro por haber salido en cura ambulatoria, ello no puede eliminar el cumplimiento de dicho requisito por parte del Juez y menos el dictamen facultativo, ni suplir una cosa y otra por el historial médico que dicho Centro pueda remitir al Juzgado a su requerimiento, porque podemos tener el riesgo de tomar una decisión sin las debidas garantías o acordar, en todo caso, la ratificación de la medida inicialmente adoptada para salvar la responsabilidad del Director. No obstante en la práctica esto es muy difícil que se haga dado el trabajo de los Juzgados. Por ello, se limitan, a dictar un «auto tipo» regularizando la situación.

Tengamos en cuenta, que el reconocimiento personal del enfermo por el juzgador es una de las garantías fundamentales para evitar que el internamiento sea arbitrario, hasta el punto de que su omisión puede dar lugar a la nulidad del pronunciamiento judicial.

Esta diligencia agrupa en sí dos actividades necesarias para la concesión o no de la autorización. Por un lado, el examen personal del juez y, por otro, la audiencia al afectado que exige el artículo 763 de la LEC, siempre, lógicamente, que la misma sea posible. Dicho acto debe hacerse, preferentemente, fuera de la sede del Juzgado ya que, otra cosa, podría resultar vejatorio y antiterapéutico (no olvidemos que nos encontramos ante

un enfermo) y dado su carácter confidencial debe hacerse a solas por el Juez con el sujeto afectado, sin testigo alguno, pero conociendo ya el juzgador el dictamen facultativo lo que facilitara su labor .

La naturaleza de la diligencia de exploración judicial constituye, según la mayor parte de la doctrina, un reconocimiento judicial de la persona de los dispuestos en los artículos 353, 355 y siguientes de la LEC.

Tal como establece la ley procesal la práctica de esta prueba requiere las siguientes formalidades:

El interrogatorio del Tribunal deberá adaptarse a las necesidades del caso concreto.

El interrogatorio puede practicarse a puerta cerrada y fuera de la sede del Tribunal, y las partes solo pueden intervenir si el juez considera que su presencia no es perturbadora para la práctica de la diligencia. Ya hemos manifestado anteriormente nuestra posición a favor de la no presencia de parte alguna.

Deberá garantizarse, en todo caso, la dignidad e intimidad de la persona.

Según el artículo 358 es obligatorio que, por el Secretario judicial, se levante acta detallada en la que se consignen con claridad las percepciones y apreciaciones del Tribunal y la opinión manifestada por el enfermo si estaba en condiciones de darla.

Dada la confidencialidad de la práctica de la diligencia, el acta es un elemento imprescindible para que las partes puedan valorar la situación a la hora de emitir su informe y para hacer factible la posibilidad de recurso que cabe en este procedimiento. Igualmente, es imprescindible para conocer la voluntad del internado si este emitió alguna. Aunque el acta debe ser realizada por el Secretario Judicial esto no quiere decir, en consonancia con lo manifestado anteriormente, que el mismo deba asistir al reconocimiento. Dado que lo que debe recoger son impresiones y percepciones de otra persona, basta con que esta se las narre una vez finalizada la diligencia.

III.– Control de centros de internamiento y residenciales por el Ministerio Fiscal.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1990, de 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, recordó a los integrantes del Ministerio Fiscal su deber de visitar las residencias geriátricas de sus territorios, examinando los expedientes de los ingresados; requiriendo información periódica a las autoridades administrativas sobre las deficiencias observadas; dando, si fuera necesario, las órdenes oportunas a la Policía Judicial en relación a la investigación de hechos; poniendo en conocimiento de la autoridad administrativa las irregularidades observadas y velando porque el interés patrimonial de los internados no sufriera menoscabo. Es, por lo tanto, obligación del Ministerio Público el visitar, inspeccionar y controlar el trato que se da a los ingresados en estos centros. Esta labor está amparada en el artículo 4º–2º del EOMF.

Los aspectos fundamentales de la actividad desplegada por los Fiscales en los centros de la tercera edad o discapacitados pueden esquematizarse de la forma siguiente:

– En primer lugar, una labor de control o vigilancia a través de:

- a) las visitas a los Centros que servirán para contactar de forma directa con los residentes y facultativos y con el personal encargado de su cuidado, a la vez que sirve para la visita de las instalaciones, privadas y comunes.
- b) la comunicación permanente de la Fiscalía con los Centros de la Tercera Edad, especialmente con sus representantes y Trabajadores Sociales.
- c) una relación fluida de la Fiscalía con los correspondientes Servicios de Inspección de la Administración, a quienes compete el control y fiscalización de las residencias desde el punto de vista administrativo– sanitario.

– En segundo lugar, existe una labor de investigación y persecución de posibles hechos delictivos. En este campo es importante reseñar la dificultad de obtención de las pruebas que se presenta como consecuencia de que víctimas y testigos suelen encontrarse en un estado psico–físico que dificulta mucho su declaración.

Las obligaciones que para el Ministerio Público establece la Instrucción 3/1990 han sido llevadas a cabo, cuando lo han sido, con grandes dificultades. Desde Fiscalías en que simplemente no se ha realizado actividad alguna, en este sentido, hasta fechas muy recientes, hasta aquellas en que, con un gran esfuerzo por parte de los Fiscales encargados, se ha procurado cumplir, siquiera someramente, la misión. Algunas Fiscalías van incluso

más allá. Podemos destacar aquí la Fiscalía de Valencia con una interesante propuesta de control de los bienes de las personas internadas para evitar el expolio de su patrimonio por los guardadores de hecho. Es importante tener en cuenta en lo que a las dificultades que se presentan en esta misión se refiere el hecho de que existen Fiscalías de muy pequeño tamaño y con una fuerte presencia de residencias de ancianos en su territorio (son, por ejemplo, las limítrofes con Madrid como Ávila, Segovia, Cuenca, Guadalajara, etc.) lo que hace prácticamente imposible un adecuado control.

¿QUE SE PUEDE DETECTAR EN LAS VISITAS DE CENTROS?

Las visitas o inspecciones de la Fiscalía sirven, si se hacen con pulcritud, para detectar los casos de ancianos no incapacitados que precisan serlo. De esta manera se contribuye a la protección de sus derechos dada su especial situación de vulnerabilidad.

También podemos controlar el empleo y corrección de la utilización de contenciones mecánicas o químicas, mecanismos dirigidos a limitar de alguna manera la libertad de las personas ingresadas en las residencias (fundamentalmente aislamientos, mecanismos de sujeción física, como cinturones y correas, y administración de determinados medicamentos) que no son una excepción, ni una anécdota en el día a día de las residencias de ancianos en nuestro país, fundamentalmente en el caso de ancianos demenciados. El uso de estas medidas es especialmente frecuente en el caso de episodios de agitación psicomotriz.

Las visitas nos pueden servir también para detectar la existencia de atentados de importancia contra los derechos fundamentales de los residentes.

Sin duda, atenta contra los derechos humanos de los ancianos la actitud descuidada, irrespetuosa, despectiva o discriminatoria hacia ellos por parte de la sociedad en general y de los profesionales que se relacionan con ellos. Ejemplo de esta actitud es el maltrato refinado que se da al anciano incapacitado en muchos servicios hospitalarios cuando es preciso movilizarle y asearle con frecuencia y esto no se hace, o cuando el mismo personal sanitario entiende que el paciente ya está demasiado viejo para aplicarle algún procedimiento médico, o se le atiborra de neurolépticos para combatir su agitación sin comprobar si esta se encuentra justificada. Estos casos pueden ser descubiertos con un poco de atención y experiencia.

En muchos casos, llega a conocimiento de la Fiscalía quejas sobre el trato que se da a los ancianos en determinadas residencias. Las quejas, procedentes de usuarios y familiares, pueden ser relativas a la alimentación, la asistencia sanitaria o la falta de información hacia los residentes. En estos casos hemos intervenido visitando la residencia y comprobando in situ la situación, lo que nos ha servido para la adopción de decisiones que luego han servido para mejorar la situación de los ancianos institucionalizados.

Porque la existencia de comportamientos que pueden afectar a derechos fundamentales de los ancianos, que no por encontrarse en una residencia los han perdido entendemos que deben erradicarse de los centros de forma contundente y esa labor también corresponde al Ministerio Fiscal en su labor de amparo.

En Jaén hemos realizado con cierto éxito intervenciones relativas a la alimentación, ubicación de los ancianos, actividades de ocio, entre otras. Pero también hemos realizado intervenciones de mayor enjundia jurídica.

Por ejemplo, hemos intervenido en casos de desconocimiento por el Centro del consentimiento informado como base del tratamiento médico. En el caso concreto el artículo 36º del Reglamento del Centro, puesto en relación con el artículo 43-3º-10 de la misma norma que establecía la autorización al Centro para dar de baja unilateralmente al residente que no aceptara el tratamiento que le impusiera el equipo médico del centro, suponía, a nuestro entender un desconocimiento claro de un derecho fundamental que no estaba justificado. El traslado de esta norma a los contratos redactados por el centro (que funcionan como verdaderos contratos de adhesión) supone una renuncia anticipada a un derecho de impronta constitucional por lo que la Fiscalía se planteó la posibilidad de emprender las acciones que contra las cláusulas abusivas establecen las Leyes de Condiciones Generales de la Contratación y de Consumidores y Usuarios.

No obstante, esto no llegó a hacerse al decidir el equipo jurídico de la empresa (de implantación nacional), tras varios contactos y una reunión nuestra con el Director General de Desarrollo de la entidad, suprimir las cláusulas indicadas en todos sus contratos a nivel nacional debido a nuestra gestión, lo que hemos podido comprobar personalmente.

Igualmente, se ofició al Servicio de Gestión de centros de la Junta de Andalucía para que evite las cláusulas de los Reglamentos de Centros que puedan afectar directamente al derecho al consentimiento informado.

Otro tipo de intervenciones en esta materia se realizan ante entidades públicas. Por ejemplo, nos pusimos en contacto con el Delegado Provincial de Salud de Jaén debido a las comunicaciones de varias residencias de la existencia de problemas con la medicación y los pañales geriátricos a causa del sistema de cupos de recetas establecidas por la Consejería de Salud lo que perjudicaba de forma importante a los ancianos ya que, o pagaban el medicamento de su bolsillo, o dejaban de tomarse el mismo con los riesgos que ello comporta. Interesábamos del mismo que nos informara sobre si, a la hora de establecer los cupos de medicamentos en los distintos centros de salud, se tiene en cuenta el número de ancianos asignados al mismo (sobre todo si hay residencias de ancianos en su área de influencia), y, en caso contrario, que medidas pensaba adoptar su departamento para solucionar un problema que entendemos afecta directamente a la salud y al bienestar de nuestros ancianos.

Como resultado de las gestiones realizadas dictamos el Decreto de fecha 10 de abril de 2005 que se envió a la Inspección de Servicios Sociales para su difusión entre las residencias de la provincia para su conocimiento y efectos. En dicho Decreto reflejábamos la contestación de la Delegación de Salud cuyo sentido era el siguiente:

«En cualquier caso, sin perjuicio de que en alguna ocasión pudieran producirse desajustes puntuales, las peticiones formuladas desde este tipo de establecimientos son atendidas, no solo de conformidad con la normativa que las regula, sino que incluso reciben una consideración especial, facilitándoles a sus servicios médicos—ajenos al SAS— los oportunos talonarios de recetas, a fin de evitarles su innecesario traslado a los Centros de Salud correspondientes, para obtener la asistencia médica—farmacéutica que pudieran precisar, en cuantías semejantes a las de los beneficiarios que son atendidos de procesos similares.

(...) la gestión del gasto farmacéutico no justifica en absoluto que ningún ciudadano acogido al sistema sanitario público deba pagar sus medicamentos. La prescripción de la medicación que cada ciudadano necesita, la realiza su médico de familia, en colaboración con su enfermera de familia, y en función de la valoración que estos profesionales hagan de su estado de salud y de las necesidades que su tratamiento requiere.

En el caso de los pañales de incontinencia, existe la Circular 8/1994 del SAS que establece criterios de uso racional de la prescripción de los mismos, se establece en la misma la necesidad de visado para su dispensación, respetando siempre el criterio del médico de familia que atiende al enfermo, el cual elabora un informe en el que debe constar modelo, tipo de absorción y frecuencia con la que se debe renovar, todo ello en función del grado de incontinencia que presente el enfermo».

Digamos que, con posterioridad a nuestra intervención las quejas han cesado casi en su totalidad.

A veces también se nos presentan denuncias formales por comportamientos atentatorios contra los derechos de las personas ingresadas. Consecuencia de estas incoamos expediente informativo en el que solemos practicar diferentes diligencias (entrevistas con los inspectores de servicios sociales de la Delegación de Igualdad y Bienestar Social, reconocimiento forense, aportación de documentación por el Centro y la Delegación de Igualdad y Bienestar Social, testificales, etc.), y actuar luego según el resultado de las mismas. Ejemplo de lo indicado puede ser el caso resuelto por el Decreto de 2 de mayo de 2006 en el que indicábamos:

«1.— Tras el estudio de las diligencias aportadas, no se ha acreditado de forma incontestable la existencia de hechos que, por acción u omisión, puedan incardinarse en tipo penal alguno, sin que las deficiencias denunciadas puedan considerarse constitutivas de delito. En cuanto al supuesto abandono no parece que los hechos que se contemplan en el expediente traspasen la línea que haría actuar al Derecho Penal reservado en nuestro ordenamiento para los hechos más intolerables.

2.— Lo que si se deduce de lo actuado (y que fue constatado en nuestras visitas al centro de 22-12-2004 y 17-5-2005) es la existencia de un significativo grado de insatisfacción en residentes y familiares superior al que sería aconsejable en este tipo de recursos. Esta insatisfacción se concentra, fundamentalmente, en la alimentación, en el trato del personal del centro que consideran descortés y falta de cariño, así como en la falta de información. Estos hechos, como bien conoce la dirección del centro por haberle sido comunicado por esta Fiscalía, conculcan la calidad de vida y la atención integral que se debe dar a nuestros mayores por lo que deben esmerarse los mecanismos internos de corrección y los protocolos de actuación de la residencia dirigidos a evitar dichos hechos. Debemos decir, en honor a la verdad, que desde nuestras anteriores visitas se han ido mejorando alguno de estos aspectos, pero se debe seguir incidiendo en la necesidad de mejorar el servicio para lo que es preciso el correcto control de la Inspección de servicios sociales que, desde aquí, instamos y el compromiso de la Dirección de la Residencia que requerimos por este Decreto».

Las inspecciones se han revelado como un medio efectivo en el campo de las Residencias de la Tercera edad, pero en muchas ocasiones, las visitas no dejan de tener un marcado carácter de «ceremonial institucional» y esto debe evitarse.

Por un lado, deben ir orientadas hacia el mutuo intercambio de información en materias como las fechas de internamiento y salidas, comunicación de los tutores, coordinación con los servicios de inspección administrativos y estudio de las quejas recibidas por particulares.

En los internamientos realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las propiamente psiquiátricas, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia especial, pues permitirán controlar el estado de las personas ingresadas, constatar la necesidad de instar su declaración de incapacidad, evitar ingresos indebidos, etc...

Sirven como forma de controlar el escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de los ancianos ingresados. Y lo que, como Fiscal enamorado de su misión no deja de ser importante, suponen un faro que refleja la inmersión del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los más necesitados que deben ver en nuestra institución, una institución próxima .

Para ello deben seguir un correcto protocolo y una esmerada organización que evite ese carácter de mero ceremonial. Ferreirós Marcos establece las siguientes pautas:

- Evitar la duplicidad de actuaciones.
- Reservar la actuación del Fiscal a los casos más graves.
- Creación, cuando sea preciso, de una comisión al efecto compuesta por un médico forense, miembros de la Policía Judicial, funcionario de la Inspección de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma y el Fiscal.
- Levantar acta de la visita.

Para su realización se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva, debiendo el Fiscal, en ellas, velar por los intereses de los ancianos, poner especial énfasis en aquellos temas que puedan afectar a sus derechos y libertades que ya han sido expuestos en estas Jornadas (régimen de visitas y comunicaciones, salidas del centro, alimentación, salud, entre otros). No es inconveniente el que las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso podemos descansar en los mismos y utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. Ellos pueden trasladarnos los casos más graves y nosotros intervenir solo en estos dejando en sus manos el día a día. Así la Fiscalía no tendrá que obsesionarse con visitar todos los centros, lo que en la mayor parte de los casos es imposible, sino solo aquellos en los que existan verdaderos problemas. Estas «visitas indirectas» pueden ser muy útiles si hay una buena coordinación con la Inspección de Servicios Sociales, y es adaptable a todas las Fiscalías con independencia del tamaño de las mismas. Como ejemplo de esto podemos reflejar la descripción de la intervención realizado en uno de nuestros expedientes:

«Como consecuencia de ello se planificó una actuación conjunta con la Inspección de Servicios Sociales de esta provincia, consistente en un trabajo previo de la misma que se desarrollo los días 1, 2, 10 y 13 del mes de diciembre entrevistándose de forma individual a 45 usuarios, 13 familiares, el sacerdote José Cardenete Valenzuela, la Concejala de Bienestar Social del Ayuntamiento de Linares y la directora del centro. El 22 se produce la visita del Fiscal, acompañado de los inspectores actuantes, con revisión del centro y entrevista con la directora del mismo.»

Este sería un caso de visitas extraordinarias que surgen por una denuncia, comunicación o queja llegada a Fiscalía. Una vez llega a Fiscalía el conocimiento de una situación irregular en una residencia deben incoarse Diligencias o Expediente Informativo del artículo 5 último párrafo EOMF, adoptando acuerdo de apertura, con el fin de examinar el hecho denunciado. En el mismo, se practicarán las diligencias que se estimen convenientes incluyendo una visita extraordinaria al centro residencial y entrevistas con residentes y familiares, bien directas bien a través de los funcionarios de la Inspección. Una vez practicadas las mismas se acordará lo que proceda, archivándolas o instando los procedimientos pertinentes.

Otro grupo de visitas son las ordinarias en las que no existe denuncia alguna. En dichas visitas, como hemos indicado, podemos ir acompañados por otros profesionales y por funcionarios de la Inspección si ello es posible para que ellos vayan comprobando aspectos administrativos de los que luego nos informarán.

Algunos de los elementos que podemos comprobar en las visitas son los siguientes:

- Cumplimiento por el centro de la normativa de la protección de datos.
- Que el centro dispone de un reglamento de derechos y deberes de los Residentes.
- Organización de las visitas a los residentes y de las comunicaciones de estos con sus familiares y allegados.
- Atención personalizada y respeto a su capacidad de decisión cuando esto es posible.
- Respeto a la intimidad de los internos en su proceso de atención, independientemente de las condiciones estructurales del centro.
- Atención sanitaria.
- Actividades de ocio.
- Temas de carácter jurídico: incapacidades, autorizaciones de internamiento, información sobre tutelas, etc...
- Temas relativos al expolio económico.

Siempre que se constaten en la visita actividades de tipo fraudulento o una asistencia precaria o peligrosa para la salud y el bienestar psíquico y físico de los ancianos deberán ejercerse las correspondientes acciones dirigidas a depurar responsabilidades civiles o penales o solucionar el problema.

Añadir, por último, que es conveniente implantar un archivo de seguimiento de centros en el que se vayan anotando y concentrando en carpetas individualizadas todas las incidencias de los diferentes centros sobre los que se lleven a cabo actuaciones. Solo de esta manera podemos llevar un mejor control de cada uno de ellos.

En lo que se refiere a la realización de intervenciones en materia de centros existen otras que pueden realizarse. Por ejemplo, son los casos de cierre de residencias por actividades delictivas o irregularidades administrativas. En estos casos la intervención de la Fiscalía va dirigida a tomar decisiones por los ancianos demenciados cuando los representantes legales o familiares no comparecen para el traslado o recogida del anciano o se niegan a ello. A veces también nos vemos en la obligación de coordinar el operativo. En estas circunstancias hemos tenido un caso en Jaén en el que contamos con la inestimable colaboración de la Inspección de Servicios Sociales. Para ello requerimos la asignación de un médico forense, se interesó de la Inspección la búsqueda de plazas para los ancianos allí ingresados y la dotación de ambulancias para su traslado y se preparo la documentación jurídica que pudiera ser necesaria. Así, se prepararon escritos para solicitar la entrada en el lugar en caso de oposición y para el traslado de los enfermos que no pudieran prestar su consentimiento y existiera oposición a los familiares para el traslado, lo que se hizo por la vía del artículo 158-4º CC y 762-2ª LEC.

Añadir, por último, que es conveniente implantar un archivo de seguimiento de centros en el que se vayan anotando y concentrando en carpetas individualizadas todas las incidencias de los diferentes centros sobre los que se lleven a cabo actuaciones. Solo de esta manera podemos llevar un mejor control de cada uno de ellos.

En lo que se refiere a la realización de intervenciones en materia de centros existen otras que pueden realizarse. Por ejemplo, son los casos de cierre de residencias por actividades delictivas o irregularidades administrativas. En estos casos la intervención de la Fiscalía va dirigida a tomar decisiones por los ancianos demenciados cuando los representantes legales o familiares no comparecen para el traslado o recogida del anciano o se niegan a ello. A veces también nos vemos en la obligación de coordinar el operativo. En estas circunstancias hemos tenido un caso en Jaén en el que contamos con la inestimable colaboración de la Inspección de Servicios Sociales. Para ello requerimos la asignación de un médico forense, se interesó de la Inspección la búsqueda de plazas para los ancianos allí ingresados y la dotación de ambulancias para su traslado y se preparo la documentación jurídica que pudiera ser necesaria. Así, se prepararon escritos para solicitar la entrada en el lugar en caso de oposición y para el traslado de los enfermos que no pudieran prestar su consentimiento y existiera oposición a los familiares para el traslado, lo que se hizo por la vía del artículo 158-4º CC y 762-2ª LEC.

Debemos hacer referencia aquí lo que ya hemos mantenido en otros lugares:

- 1.–El actual progreso de la medicina y la calidad de vida ha alargado notablemente la esperanza de vida de los ciudadanos lo que ha provocado un aumento del sector de la llamada tercera edad lo que supone que cada vez existan más personas con problemas de dependencia.

- 2.–La dependencia demanda cuidados intensos, permanentes y costosos, que pueden ser difíciles de atender por las familias y que, por ello, van a provocar un aumento de los ingresos en los entornos residenciales lo que se ve afianzado por las nuevas tendencias sociales de nuclearización familiar, movilidad geográfica y acceso de la mujer, tradicionalmente cuidadora, al trabajo remunerado fuera del hogar.
- 3.–La dedicación que la sociedad y las instituciones públicas dedican al bienestar de sus ancianos es una prueba del nivel de su humanidad y grado de civilización y es elemento definidor de un estado social de derecho y de una democracia avanzada.
- 4.–En nuestro ordenamiento jurídico es elemento fundamental en la protección de las personas especialmente vulnerables, entre las que se encuentran los ancianos, la labor como órgano tuitivo destacado, del Ministerio Público. Esta función tuitiva es consustancial con el Ministerio Público español y posee una honda raigambre en la historia de la institución.
- 5.–Dentro de esta labor de protección el Ministerio Público, de conformidad con el artículo 4–2º EOMF, destaca, como hemos visto, en el ejercicio de sus funciones «*visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente*». El ejercicio de esta obligación ha sido precisado y completado por las Instrucciones de la FGE 6/1987, de 23 de noviembre, sobre ingresos en establecimientos psiquiátricos y la 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, que si bien siguen conservando toda su vigencia deben ser completadas de acuerdo con los importantes retos que se dan en la actualidad profundizando en los principios establecidos en las mismas.
- 6.–En esa profundización debe pasarse de una cierta anarquía y actitud voluntarista de las Fiscalías en la materia a la perfilación de un sistema que, teniendo en cuenta las especificidades de las diferentes Fiscalías provinciales, institucionalice las visitas, por un lado, dotándolas de contenido y, por otro, dándoles la categoría de servicio de la institución con un nivel igual al resto de los mismos.
- 7.–En los internamientos realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las psiquiátricas, penitenciarias o de menores, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia de especial trascendencia.
- 8.–Por ello, creemos que la importancia de estas visitas debe ir apoyadas en una consideración similar a las realizadas a centros de menores ya que la penosidad de las mismas es incluso superior. Por ello, el tratamiento debe ser análogo en materia de productividad y en materia de exención de otros servicios en aquellos lugares en que dicha exención exista para los Fiscales de menores.
- 9.–En ningún caso las visitas deben tener un carácter de «*ceremonial institucional*» sino que debe dotarseles por la vía de una Instrucción de la FGE de contenido que recoja el «*qué*» y el «*como*» de las mismas.
- 10.– Para una mejor gestión del control se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva. No entendemos inconveniente el que las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso puede ser operativo y acorde con el espíritu de las obligaciones legales del Fiscal utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. La utilización de los mismos nos permitirá controlar todos los centros a través de visitas indirectas realizadas por los mismos, trasladándonos estos los problemas que detecten, y reservando la intervención de la Fiscalía solo a los casos de mayor trascendencia.

En materia de internamientos queremos destacar un curioso auto del Juzgado de 1ª instancia número 1 de Andújar. El mismo de fecha 12 de julio de 2006 y dictado en el expediente de internamiento 3/2006, tras valorar la prueba practicada en el expediente, establece el internamiento de día (sic) y sin pernocta con realización de las comidas en una residencia debiendo los servicios sociales llevar a la anciana de su casa a la misma y de esta a su casa, y encomendándole el aseo personal y de ropa, alimentación y medicación para la diabetes. Curioso auto que resuelve un problema puntual con la menor afección de los derechos fundamentales.

IV.— Internamientos y contenciones mecánicas.

El manejo de los residentes, sobre todo si estos tienen accesos agresivos o violentos, exige a veces métodos— que no medios terapéuticos porque no lo son— que pueden afectar directamente a derechos fundamentales de los mismos. Unas veces, en supuestos de agitación psicomotriz con riesgo de lesión provocan la necesidad de una actuación decidida. Otras, la simple administración de la medicación exige la contención del paciente.

Las indicaciones más habituales para la aplicación de estas restricciones físicas son evitar o reducir riesgo de caídas, evitar posturas anómalas, prevenir lesiones, potenciar terapias conductuales, o evitar el deterioro de las instalaciones. Estas sólo se han de utilizar como medida terapéutica valorando las indicaciones específicas, definiendo objetivos concretos, especificando la duración, con consentimiento de la persona, informando a la familia y con registro en la historia clínica. Antes de utilizarlas hace falta valorar las contraindicaciones y buscar formas alternativas de prevención de riesgos.

Deben contemplarse como medida excepcional, respetar la autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente.

Nuestra legislación no establece garantía alguna para la aplicación de estos mecanismos fuera de los que pudiéramos derivar de los derechos fundamentales. En principio parece que basta una mera buena praxis en su ejecución, por lo menos cuando estamos ante un caso puntual y reducido en el tiempo. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que cuando estos son excepcionales y por tiempo dilatado, es precisa la existencia de un plus de garantías dada la especial afectación de estas medidas a derechos de calado fundamental. Y ello porque sería paradójico que el tutor necesite autorización para, por ejemplo, vender un bien o tomar dinero a préstamo en nombre del pupilo y esta no sea precisa para estos otros actos que suponen una mayor relevancia y significado para la esfera jurídica personal del incapaz.

En este sentido, se manifiesta el artículo 219 de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio (Código de Familia) al establecer que *«la persona titular de la tutela necesita autorización judicial para (...) aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes. En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al Consejo de Tutela, si lo hay, la decisión adoptada en el plazo de 24 horas como máximo»*, existiendo abundantes casos en el derecho comparado, de exigencia de autorización judicial en estos supuestos.

Por otro lado, en la Comunidad Autónoma Andaluza, se debe tener en cuenta el artículo 34— 2º de la Ley 1/1999 de 31 de marzo de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía que indica que *«los usuarios de los centros residenciales y de día tendrán derecho a participar y ser oídos, por sí o sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención que han de recibir en ellos y que, en los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquélla cuanto antes»*.

Por todo ello, nosotros, a pesar de la no exigencia de la ley, creemos que, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés del discapaz y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida.

Así, entendemos que es aplicable en este caso el artículo 271—1º por analogía al estar ante casos semejantes (actuación del representante que recae sobre la esfera personal del discapaz) y existir identidad de razón (afectación a derechos fundamentales y riesgo inherente a la actividad y el principio de protección del discapaz) tal como ha contemplado los Autos de la AP de Valladolid de 28—10—1994 y 12—7—1999 ambos sobre casos de práctica de aborto de incapaz en que a pesar del silencio legal consideran necesario autorización judicial al afirmar en el primero de ellos que *«... sería absurdo que el control judicial sobre la actuación del tutor deba circunscribirse únicamente a los supuestos previstos en los artículos 271 y 272 del Código Civil, todos de menor entidad y trascendencia que el aquí planteado»*, argumentación que entendemos totalmente aplicable a este caso. Igualmente es aplicable el artículo 158—4º CC, en relación con el artículo 216—2º del mismo cuerpo legal, que permite la adopción de medidas protectoras para la persona o los bienes del incapaz.

Son muchos más los argumentos que podemos utilizar para defender nuestra postura. Por un lado, estas cuestiones han sido tradicionalmente denunciadas por el Defensor del Pueblo a partir de 1991 tras la realización de su informe sobre la situación jurídica y asistencial de los enfermos mentales en España, completado en 1996 con el relativo a la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos. Actualmente, y en el campo de los enfermos mentales, ha vuelto a incidir en la necesidad de autorización judicial en el informe que realizó al Ministro de Justicia sobre el tema de la enfermedad mental de fecha 11 de noviembre de 2005 dictado en el expediente 00411621. En todos estos supuestos desde el Defensor del Pueblo se consideró que la utilización de esos medios mecánicos de sujeción sólo excepcionalmente podía ser admitida, siempre y cuando que la ciencia médica no proporcionara otros mecanismos de naturaleza farmacológica, para paliar posibles comportamientos agresivos de los enfermos. En cualquier caso sería necesario una comunicación al juez competente, informándole de la prescripción médica que aconseja la aplicación de esos medios mecánicos de sujeción.

Estos argumentos creemos justifica la necesidad de que estas decisiones sean controladas, de alguna forma, por la autoridad judicial. Por lo menos en los casos más graves, utilizando en los demás un protocolo que permita un control exhaustivo de las medidas realizadas y, en los casos que sea necesario con cambios posturales y visitas al baño cada dos horas, friegas en la piel y paseos de entre 5 y 10 minutos cada media hora u hora completa, evitando, en todo caso, que el enfermo sufra pánico. En el caso del uso de medios químicos debe vigilarse la estabilidad y la conducta del paciente, su estado de ánimo y su correcta nutrición e hidratación.

En Jaén hay Juzgados que conceden la autorización y otros que siguen el criterio de la Audiencia Provincial de que esta no es necesaria. Los Centros de estas zonas siguen comunicando la existencia de las mismas al Juzgado y a esta Fiscalía para facilitar su control.

Para que veamos la importancia del control de estas contenciones permítasenos reflejar una noticia reciente de los medios de comunicación un enfermo mental ha muerto el 16 de octubre de 2008 en un incendio de la Unidad Psiquiátrica del Hospital Virgen del Rocío de Sevilla. Lo que muchos de los medios no dicen es que murió porque se encontraba atado a la cama y porque no se siguió el protocolo establecido de vigilancia cada 15 minutos por lo que se puso a fumar y provocó el fuego. Es preciso controlar estas prácticas. Solo así conseguiremos respetar las obligaciones que el derecho internacional nos impone.

V.- Abusos económicos a los ancianos internados.

En ocasiones los ancianos o el personal nos cuentan hechos que nos sirven de punto de partida para el control de los abusos económicos y patrimoniales a los ancianos cuya persecución también es misión del Ministerio Fiscal.

Nos encontramos ante personas de edad avanzada, un poco aisladas del mundo real y dispuestas a confiar en cualquier persona, por lo que quedan en manos de parientes sin escrúpulos o de los propios gestores o cuidadores de las residencias. Se convierten, así, en presa fácil cuando son titulares de bienes o poseen una pensión de importancia.

Las leyes de Andalucía y de Castilla– León establecen la obligación de las administraciones públicas de que, cuando detecten la existencia de una situación de expolio, comunicar al anciano de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionarle asistencia jurídica y poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Por expolio entendemos el uso ilegal o impropio de todos o algunos de los fondos económicos, bienes, propiedades o posesiones del anciano. Ejemplo de esto es el cobrar cheques del anciano sin autorización y permiso, falsificar la firma de un anciano, malversar dinero o posesiones, llevar con engaños al anciano a firmar un documento, así como el uso indebido del poder de un tutor en los bienes de un anciano.

Las clásicas dolencias de la ancianidad pueden crear un auténtico peligro para la situación patrimonial del anciano. Los ancianos poseen una elevada sugestibilidad por lo que es fácil engañarles o influirles para arrebatarles sus bienes, interviniendo muchas veces en estas maniobras familiares directos, allegados e, incluso, las instituciones o personas que los tienen a su cuidado, forzando su voluntad a testar a su favor o a cederles dinero o bienes. Con incapacidad o sin ella, debe estarse al tanto de las posibles actividades realizadas por terceros, familiares y amigos en perjuicio evidente del patrimonio del anciano.

Precisamente, para evitar estas situaciones en la Fiscalía de Valencia se ha implantado un interesante sistema que se ha dado a conocer a todas las Fiscalías por el Fiscal de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

en el que se busca una especial atención en velar por los intereses patrimoniales de los internados, detectando la existencia de guardadores de hecho (especialmente sin cercanía familiar), con el fin de pedir informes a estos sobre sus gestiones y buscando el cumplimiento de la exigencia de rendición de cuentas a los tutores judicialmente nombrados.

Así, en este sistema, se parte de la base de que el Ministerio Fiscal debe proteger a la persona en lo personal y en lo patrimonial y que la persona que accede a una residencia generalmente tiene:

- Una vivienda en propiedad o en arrendamiento.
- Un patrimonio mayor o menor.
- Una fuente de ingresos.
- Unos saldos bancarios.

Es preciso conocer quien posee la llave de la vivienda del anciano, quien custodia su patrimonio, como se está usando de este y a que se está dedicando, quien cobra las pensiones y maneja las cuentas corrientes y si la persona internada dejó poderes y a quién.

En el protocolo valenciano, una vez detectada la situación, el Fiscal incoa diligencias preprocesales con el fin de averiguar quién es el guardador de hecho y si este no es un pariente próximo o existen elementos que puedan hacer sospechar un mal ejercicio de la misma, investiga si es necesario el nombramiento de tutor o si es posible mantener al guardador de hecho ejerciendo sobre él el debido control. Esto se exige en el Juzgado a través del correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria, o como OTROSI en el expediente de internamiento o en la demanda solicitando la incapacidad.

D.– LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

12.– PROTECCIÓN DE INCAPACES: ACTUACIONES PREVIAS DEL FISCAL. MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN.

D.– La intervención del Ministerio Fiscal en la protección de las personas con discapacidad.

12.– PROTECCIÓN DE INCAPACES: ACTUACIONES PREVIAS DEL FISCAL. MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN.

I.– Presentación.

Aunque el proceso de incapacidad supone un elemento angular del sistema jurídico de protección a los discapacitados, su efectividad para resolver los concretos problemas que continuamente vienen planteándose se encuentra limitada, fundamentalmente, por su duración que provoca una inconveniente lentitud y por su radicalidad, ya que, al limitar la capacidad de obrar de la persona, debe utilizarse en los casos estrictamente necesarios, lo que no puede suponer dejar sin reacción jurídica las cuestiones que necesiten protección en aquellos casos en que la situación de la persona discapaz no sea tan grave como para justificar el dictado de una sentencia de incapacidad.

Para solucionar estas cuestiones, el sistema jurídico nos ofrece un elenco de mecanismos de protección que no debemos dudar en utilizar, si bien los mismos se enfrentan a dos problemas fundamentales:

- La insuficiente regulación de algunos aspectos de los mismos que crea dificultades, sobre todo, cuando la medida a adoptar afecta a derechos fundamentales (véase por ejemplo, el caso de los tratamientos médicos forzosos).
- La cuestión de la duración de estas medidas de protección, ya que no parece conveniente el mantenimiento de las mismas de forma duradera sin que se determine judicialmente (artículo 199 y 200 CC) el grado de falta de autogobierno que posee el discapaz.

Estos dos problemas provocan que, en muchos casos, estas medidas de protección no se adopten, a pesar de solicitarse, por muchos juzgadores que prefieren esperar, en su caso, al resultado del procedimiento de incapacidad para tomar medidas, manteniendo una situación de riesgo real para la persona y el patrimonio del afectado que el derecho reprueba.

Este trabajo pretende ser un punto de partida para la reflexión sobre estas medidas, sobre todo aquellas que funcionan desligadas del proceso de incapacidad. Solo desde la reflexión podremos crear mecanismos que, sin forzar la ley, permita asegurar una adecuada protección del discapaz sin vernos abocados a incapacitar a quien no lo necesita.

Abordamos, también, la actuación interna de las Secciones de Protección al Discapacitado de la Fiscalía en la toma de decisiones sobre la materia y en la actividad extrajurisdiccional de las mismas, ya que, aunque en muchas ocasiones, no terminan en un procedimiento judicial, suponen un efectivo instrumento protector y de control del bienestar de los discapacitados institucionalizados o no. Es lo que denominamos *«fase previa de la intervención del Fiscal»* que pasamos a exponer.

II.–Fase previa de intervención del fiscal: la sección de protección al discapacitado y los expedientes informativos.

1.– Vías de acceso al Fiscal.

Muchas son las vías por las que puede llegar al Fiscal el conocimiento de la existencia de un discapaz en una situación de riesgo o de falta de autogobierno. Entre ellas podemos destacar:

- 1.– Juzgados.– En el orden jurisdiccional penal, esto puede darse por apreciación de una eximente completa o incompleta o por quedar la víctima como consecuencia del delito en una situación que le impide su capacidad de obrar. También puede proceder la información del orden jurisdiccional civil por figurar como demandado una persona cuya capacidad de obrar sea dudosa, o en el caso

de procesos matrimoniales que se aleguen las perturbaciones mentales de una de las partes, etc. Por último, puede proceder del orden jurisdiccional laboral.

- 2.– Organismos públicos.– Por ejemplo, de los organismos de los que deriva la concesión de pensiones como el Instituto Nacional de la Seguridad Social para las contributivas y el IMSERSO o el equivalente en las autonomías con competencias para las no contributivas.
- 3.– Procedentes de Centros de internamiento.– Bien Unidades de Agudos que, por poner un ejemplo, en Andalucía al dar el alta hacen una pequeña referencia a la necesidad o no de incapacitar; bien en centros de carácter asistencial cuando tienen un ingreso de persona que no puede prestar su consentimiento por sí, o cualquier incidencia que surja a lo largo de la estancia del mismo (problemas con los familiares, de carácter médico, sospechas de expoliación en el exterior, etc.).
- 4.– Procedentes de instituciones públicas o empleados públicos o de centros.– Generalmente ayuntamientos que comunican una situación de abandono o desamparo o, en otros casos, la existencia de una persona conflictiva que ocasiona molestias y de la que se sospecha cierta patología mental. Otras veces la información procede de las instituciones de servicios sociales (trabajadores sociales comunitarios o especializados) que comunican situaciones y estados de abandono o desamparo. Igualmente de las delegaciones de Asuntos Sociales que nos remiten, por ejemplo, las denuncias de maltrato ante el teléfono del Mayor u otras que llegan a su conocimiento. Últimamente, también se reciben derivaciones de los Servicios de Asistencia a la Víctima cuando el problema que los usuarios plantean afectan a personas discapacitadas y de los programas de las entidades asociativas o fundaciones como es el caso de la Fundación Andaluza de Integración Social del Enfermo Mental o de los Programas de Intervención en Prisión con personas con discapacidad de algunas asociaciones de protección al discapacitado.
- 5.– Procedentes de particulares.– A través de comunicaciones por escrito o por comparecencias en Fiscalía que realizan los particulares poniendo en conocimiento situaciones de incapacidad, abandono o riesgo, o pidiendo ayuda por no poder asumir más el cuidado de su familiar discapacitado.

Añadamos aquí que gran parte del tiempo de trabajo empleado por las secciones de protección se dedica a la atención de visitas y llamadas telefónicas. Esta actividad entiendo que es fundamental, ya que las familias que tienen problemas de esta clase se sienten completamente abandonadas por las instituciones públicas, se ven mandadas de un lado para otro sin que le solucionen su problema, y lo único que buscan es un poco de comprensión y ayuda. La Fiscalía no puede cerrarles las puertas. Es conveniente escucharles, explicarles hasta donde podemos llegar para solucionar su problema e indicarles las dificultades para ello. Ofrecerles nuestro apoyo en el caso de que deban seguir soportando la carga. Muchas veces el familiar que se siente apoyado traslada optimismo al discapaz lo que también es una forma de protección. Esa atención humana es lo que ha provocado en mi Comunidad una especial consideración por las Secciones de Protección de la Fiscalía que se han transformado en el tablón de salvación de muchas familias. Y ello redundará en la protección de los discapaces, pero también en el prestigio de la Justicia y del Ministerio Fiscal.

Esas llamadas y visitas que estamos comentando también proceden de los trabajadores sociales, jueces, centros, etc. Todos estamos implicados en la protección de un sector de la sociedad, prestamos un servicio unitario, pero cada uno tenemos una misión que cumplir en esa intervención. Pero todos debemos tirar en la misma dirección. La experiencia demuestra que una buena coordinación de todos los sectores implicados resuelve problemas enquistados durante largo tiempo. Pero para ello, las relaciones entre los diferentes profesionales deben ser fluidas y eso solo se logra con una política de puertas abiertas ante los mismos.

Desgraciadamente, el valor que en los sucesivos repartos de trabajo de la Fiscalía se da a esta actividad es nulo debido a su difícil determinación. Pero es un engranaje básico del sistema sin el cual el funcionamiento del mismo sería menos efectivo. Sería conveniente que la Fiscalía General del Estado buscara criterios de determinación que incluyeran la atención al público y profesionales en el volumen de trabajo de las secciones de una forma realista. No caigamos en el mismo error de los módulos judiciales elaborados por el CGPJ que valora de forma nula la salida para un examen judicial del Juez encargado de incapacidades, mientras que puntúa de forma generosa un juicio inmediato de faltas.

2.– Incoación de diligencias o expedientes informativos.

Una vez recibida la comunicación se incoa expediente informativo dándole un número registro. En Jaén (como en otras Fiscalesías) poseemos una base de datos informática en la que se inicia, en su caso un nuevo

registro personal. A través de ese registro se hace un seguimiento de todos los procedimientos que se tramiten respecto a esa persona (internamientos con determinación del centro, incapacidad, tutela, etc) así como la propia evolución del expediente. En Jaén también notificamos la apertura del expediente a la persona que nos ha comunicado la situación indicándoles el número de expediente para posteriores informaciones.

La tramitación de estos expedientes supone una tarea de verdadera instrucción. Con ella se hace acopio de la documentación y los datos necesarios, con audiencia de los familiares en los casos que se estime preciso, para instar la medida de protección mas adecuada o iniciar el procedimiento de incapacidad. A pesar del esfuerzo que esto supone, de esta forma se pondera mucho mejor la opción más óptima en beneficio del presunto incapaz.

Estos expedientes, que surgieron por generación espontánea sin una directa cobertura legal, hoy se realizan al amparo del artículo 5 último párrafo del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que, tras su reforma de fecha 26 de mayo de 2003, los incluye bajo el nombre de diligencias preprocesales y que buscan facilitar el ejercicio de las funciones de protección que el ordenamiento jurídico atribuye al Fiscal.

La duración de estos expedientes es cambiante. Depende de su finalidad, características o de la dificultad de conseguir todos los datos. También depende de las necesidades de seguimiento desde Fiscalía de las medidas adoptadas cuando estas no son propiamente judiciales (por ejemplo, determinadas medidas de carácter social cuya efectividad queremos valorar).

Creemos que, a estas diligencias, no le es aplicable el límite temporal de seis meses que establece el artículo 5 EOMF en su párrafo cuarto, ya que, si bien, se pueden aplicar analógicamente muchas de las normas de los expedientes de investigación penal, la finalidad protectora hace que dicha limitación no pueda aplicarse si va en contra del interés del incapaz, lo que se daría en muchas ocasiones.

3.- Tramitación del expediente.-

La tramitación de estos expedientes, que carece de una regulación legal, entendemos debe ser flexible y sencilla, huyendo de formalidades que las encorseten.

Dentro de las diligencias o actividades de comprobación que pueden practicarse en el expediente podemos destacar:

- 1.-Decreto de incoación y comunicación a solicitante.
- 2.-Carta a parientes, si consta la existencia de legitimados para instar la incapacitación, con el fin de indagar si van a interponer ellos la demanda de incapacitación, o con el fin de solicitar la documentación necesaria para ello en otro caso. Esta necesidad se debe a la posición subsidiaria que presenta el Fiscal en la legitimación activa de los procedimientos de incapacidad. Se puede prescindir de este trámite si nos consta estar ante una familia desestructurada o sin relaciones con su pariente enfermo.
- 3.-Certificado o documentación médica (a Salud Mental, Unidades de Valoración de Minusvalías o Institutos de Servicios Social autonómicos o al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Centro Residencial, etc.).
- 4.-También es posible solicitar documentación económica, bancaria o del Registro de la Propiedad, escrituras públicas o testamentos, lo que puede ser imprescindible cuando se denuncian casos de expoliación o abusos económicos.
- 5.-Reconocimiento Médico forense en los casos de que la patología o la limitación del autogobierno ofrezca dudas. Aunque no existen médicos forenses adscritos a la Fiscalía generalmente los mismos colaboran de buena gana en esta labor. No obstante, existen casos puntuales de resistencia que es preciso combatir:
 - a.- Por un lado, algunos jueces olvidan que los forenses, según la LOPJ y su propio Estatuto, están también bajo la disponibilidad del Ministerio Público y que, aunque este adscrito a su Juzgado, no es precisa su autorización para la emisión de informes para Fiscalía. Esto hace que, en muchas ocasiones, debamos tramitar dichos informes como una especie de «*exhorto*» lo que entiendo no sería necesario. En otros casos, nos obligan a solicitar medidas cautelares urgentes de protección para el reconocimiento lo que es un tramite innecesario, salvo cuando, por no

acudir el presunto enfermo voluntariamente, hay que conculcar de alguna manera derechos fundamentales (entrada en domicilio o reconocimiento médico forzado, por ejemplo).

- b.– Por otro lado, los médicos forenses, en alguna ocasión, han presionado para que se presente la demanda y ver a los enfermos en el trámite de prueba. Se alega para ello que, ya que los jueces exigen que vean al enfermo en el trámite probatorio aunque sea anticipado, y que el forense que lo reconoce en el expediente de Fiscalía no tiene porque ser el mismo, se les obliga a realizar dos reconocimientos, cuando con uno bastaba, y se molesta a la familia y al discapacitado en dos ocasiones. Esto solo es parcialmente cierto. Primero, porque el reconocimiento en nuestro expediente solo debe acordarse en los casos de duda, y la experiencia me demuestra que en más de un 60% de los casos en que se hace no es necesario iniciar el expediente de incapacidad con lo que se ahorra a las familias, a la Administración de Justicia y, lo que es más importante, al discapacitado los trámites de un procedimiento judicial. Segundo, porque aunque se examine al enfermo en dos ocasiones se hace en momentos temporales distintos y no es extraño que de un momento a otro hayan variado las circunstancias que provocaron la demanda dando lugar a una incapacidad mayor o incluso nula.

Esperemos que la puesta en marcha de las Clínicas Médico–Forenses solucionen este problema al romper la vinculación de destino forense–juzgado y al facilitar que sea un solo profesional el que reconozca en las dos ocasiones al enfermo, bastándole en la segunda con comprobar la evolución de la enfermedad, dato que, además, puede ser muy interesante para una valoración global del afectado.

El Médico Forense deberá manifestarse sobre:

- a).– Diagnóstico de la enfermedad o deficiencia.
- b).– Si tal trastorno es de carácter persistente y su previsible evolución. (Si se mantendrá estable, tenderá a mejorar o empeorar o cursará alternando fases agudas con periodos de remisión).
- c).– En qué medida tal trastorno puede influir, en general, en la capacidad del demandado para atender cuestiones relativas

AL ASPECTO PERSONAL

Comunicación – Autocuidado – Vida en el Hogar – Habilidades sociales – Utilización de la Comunidad – Auto Dirección – Salud y Seguridad –Habilidades académicas y funcionales – Ocio y tiempo libre – Trabajo –Participación en asuntos Públicos – Realización de actos jurídicos propios del Derecho de familia – Toma de decisiones en relación con la práctica de intervenciones quirúrgicas u otras decisiones sanitarias relevantes, etc.

AL ASPECTO PATRIMONIAL

Realización de Gestiones burocráticas – cobro de pensiones –realización de negocios jurídicos de carácter patrimonial inter vivos o mortis causa.

- 6.– Informe social a los trabajadores sociales de los Equipos de Salud Mental o Unidad de Agudos, Centro Residencial o los de los Servicios Comunitarios o especializados con el fin de valorar como es el entorno familiar y social del presunto incapaz, las circunstancias concretas en que desenvuelve su vida el afectado, para poner en relación su patología con el mismo y valorar si la incapacitación va a proteger algo que no esté ya protegido, lo que Santos Urbaneja denomina motivo de la incapacitación . También nos servirá para ver si hay personas idóneas para la tutela y/o defensa judicial.
- 7.– Informe psicológico de Actividades de la Vida Diaria (AVD). Sería conveniente la introducción de una prueba psicológica dirigida a valorar la posibilidad de ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria del presunto incapaz. Existen diversos instrumentos para realizar estas valoraciones si bien el desconocimiento de los mismos crean dificultades en el uso idóneo de los mismos. Así suelen utilizarse en el campo de los mayores la escala de la Cruz Roja o el test de Katz, o las Tablas AMA de la Asociación Médica Americana, – aceptadas por el Ministerio de Trabajo por Orden Ministerial de 8–3–1984– o prueba similar, que nos servirán para graduar correctamente la declaración de incapacidad. En el campo de las minusvalías en general es muy interesante el ICAP (inventario para la Planificación de Servicios y Programación Individual) adaptado al español por

el Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad de Deusto y publicado por la Editorial Mensajero en 1993, y que es de uso habitual por los profesionales. A título de ejemplo reproducimos dos de ellos:

ESCALA CRUZ ROJA DE VALORACIÓN DE INCAPACIDAD.

Grados de incapacidad física.

0 Se vale totalmente por sí mismo.

1 Realiza suficientemente los actos de la vida diaria (AVD). Algunas dificultades para desplazamientos complicados (viajes, etc.).

2 Algunas dificultades en AVD, por lo que necesita ocasional apoyo. Camina con ayuda de bastón o similar.

3 Graves dificultades en AVD, necesitando apoyo en casi todas ellas. Camina con mucha dificultad, ayudado al menos por una persona.

4 Imposible realizar, sin ayudas, cualquiera de las AVD. Capaz de caminar, con extraordinaria dificultad, apoyado al menos por dos personas. Incontinencia ocasional.

5 Inmovilizado en cama o sillón. Necesita cuidados continuos. Incontinencia habitual.

Grados de incapacidad mental.–

0 Absolutamente normal.

1 Trastornos de la memoria. Mantiene conversación totalmente normal.

2 Claras alteraciones en memoria y, ocasionalmente, en la orientación. La conversación razonada es posible, pero imperfecta. Trastornos del carácter, algunas dificultades para el autocuidado. Incontinencia ocasional.

3 Alteraciones severas en memoria y orientación. Imposible mantener una conversación lógica. Trastornos evidentes del comportamiento. Graves dificultades para el autocuidado. Frecuente incontinencia.

4 Desorientación completa. Claras alteraciones mentales etiquetadas ya de demencia. Incontinencia habitual.

5 Demencia senil avanzada. Vida vegetativa con o sin episodios de agitación. Incontinencia total.

INDICE DE KATZ.

LAVADO.–

☐ No recibe ayuda (entra y sale de la bañera por sí mismo, si esta es su forma habitual de bañarse).

☐ Recibe ayuda en la limpieza de sólo una parte de su cuerpo (por ejemplo, espalda o piernas).

Ó Recibe ayuda en el aseo de más de una parte de su cuerpo o ayuda al entrar y salir de la bañera.

VESTIDO.–

☐ Coge la ropa y se viste completamente sin ayuda.

☐ Sin ayuda, excepto para atarse los zapatos.

Ó Recibe ayuda para coger la ropa y ponérsela, o permanece parcialmente vestido.

USO DEL RETRETE.–

☐ Va al retrete, se limpia y ajusta la ropa sin ayuda (puede usar bastón, andador o silla de ruedas). Puede usar orinal o bacinilla por la noche, vaciándolo por la mañana.

Ó Recibe ayuda para ir al retrete, limpiarse, ajustarse la ropa o en el uso nocturno del orinal.

Ó No va al retrete.

MOVILIZACIÓN.–

☐ Entra y sale de la cama. Se sienta y se levanta sin ayuda (puede usar bastón o andador).

Ó Entra y sale de la cama, se sienta y se levanta de la silla con ayuda.

Ó No se levanta de la cama.

CONTINENCIA.–

☐ Controla completamente ambos esfínteres.

Ó Incontinencia ocasional.

Ó Necesita supervisión, una sonda vesical o es incontinente.

ALIMENTACIÓN.–

☐ Sin ayuda.

☐ Ayuda solo para cortar la carne o untar el pan.

Ó Recibe ayuda para comer o es alimentado por medio de sondas o fluidos intravenosos.

☐ Independiente. Ó Dependiente.

VALORACIÓN.–

A. INDEPENDIENTE EN TODAS LAS FUNCIONES.

B. INDEPENDIENTE EN TODAS, SALVO EN UNA DE ELLAS.

C. INDEPENDIENTE EN TODAS, SALVO LAVADO Y OTRA MÁS.

D. INDEPENDIENTE EN TODAS, SALVO LAVADO, VESTIDO Y OTRA MÁS.

E. INDEPENDIENTE EN TODAS, SALVO LAVADO, VESTIDO, USO DEL INODORO Y OTRA MÁS.

F. INDEPENDIENTE EN TODAS, SALVO LAVADO, VESTIDO, USO DEL INODORO, MOVILIZACIÓN Y OTRA MÁS.

G. DEPENDIENTE EN LAS SEIS FUNCIONES.

OTRAS.– DEPENDIENTE AL MENOS EN DOS FUNCIONES, PERO NO CLASIFICABLE COMO C, D, E, o F.

8.– Partida Literal de nacimiento al Registro Civil. No son pocos los casos en que el presunto incapaz no está inscrito o no se logra dar por diversos motivos con dicha partida literal. En estos casos no está de más interesar la inscripción fuera de plazo con los datos de que disponemos con el fin de que, cuando sea firme la sentencia, pueda inscribirse la misma. Es conveniente aportar la partida con la demanda si es que se posee o indicar que se ha instado la misma para que el Juzgado la reclame al Registro Civil. Algunos Juzgados creen que, el aportarle esta partida, es una obligación del Ministerio Fiscal llegando a suspender el procedimiento en tanto no se aporte lo que consideramos una práctica viciosa y no fundada. El interés del incapaz exige la continuación del procedimiento y el carácter público e inquisitivo (del que ya no cabe dudar) hace que sea el Juzgado el que practique de oficio las diligencias que considere pertinentes con el fin de obtener dicha documentación.

9.– Informes municipales sobre parientes y domicilio del presunto incapaz, así como indicación de las personas que conviven con él, lo que nos sirve para valorar la idoneidad para ser tutor y la posibilidad de rehabilitar la patria potestad.

10.– Informes policiales en los casos en que sea preciso para averiguar el paradero del presunto incapaz o el estado del mismo y el comportamiento de sus familiares con él.

11.– Entrevista personal con los parientes o los trabajadores del centro residencial cuando ello sea necesario. En estas entrevistas podemos valorar:

1ª.– Actividades u ocupaciones ordinarias del demandado.

2ª.– Actividades que más le agradan o que le producen mayor satisfacción.

3ª.– Si, a su juicio, el demandado tiene capacidad suficiente para realizar alguna de las siguientes actividades o en todas o alguna de ellas necesita el auxilio de terceros

a) Capacidad para recibir y transmitir información ya sea verbalmente o por escrito.

b) Capacidad para atender su aseo personal, alimentación y vestido.

- c) Capacidad para desenvolverse autónomamente en el hogar.
 - d) Capacidad para relacionarse con terceras personas, hacer amigos, etc...
 - e) Capacidad para salir sólo a la calle y utilizar el transporte público, teléfono, comprender las normas de tráfico, etc...
 - f) Capacidad para atender a su salud y seguridad.
 - g) Capacidad para el aprendizaje y adquirir formación académica o profesional.
 - h) Capacidad para participar en actividades deportivas, culturales o de tiempo libre.
 - i) Capacidad para desempeñar una ocupación laboral y, en su caso, si la desempeña.
 - j) Capacidad para votar en las elecciones.
 - k) Capacidad para hacer gestiones en oficinas, bancos u Organismos.
 - l) Capacidad para realizar contratos.
- 4ª.- Si el demandado o sus familiares cercanos, tienen en este momento necesidad de hacer algo que redundará en su interés pero no pueden hacerlo por carecer aquél de persona que lo represente.
- 5ª.- Si existe peligro de que el demandado realice por su cuenta actos que puedan perjudicar su persona o patrimonio.
- 6ª.- Si es titular de algún bien o derecho o percibe algún tipo de ayuda o pensión.
- 7ª.- Si se encuentra convenientemente atendido y por quien.
- 8ª.- En el caso de que no existan padres o no considere idóneos a los mismos, qué persona o Institución considera más conveniente para asumir su Guarda (Tutela, Curatela, etc...).

12.- Examen directo del presunto incapaz cuando lo considere necesario.

Indudablemente estas diligencias no son las únicas que pueden practicarse ni es necesario hacerlo en todos los casos. Solo deberán hacerse las que se consideren imprescindibles para tomar la decisión, dejando el resto, en su caso, para el procedimiento judicial.

En las mismas es posible el acompañamiento y la intervención de abogado si las personas citadas así lo desean.

Digamos no obstante, que los expedientes informativos internos de la sección de protección son los instrumentos por los que la Fiscalía realiza el acopio de los documentos y antecedentes necesarios para decidir si realiza alguna actuación judicial dirigida a la protección de los presuntos incapaces una vez acreditada por suficientes indicios la existencia de dicha situación de incapacidad.

No son, por tanto, un procedimiento ni causa judicial alguna en las que las personas interesadas comparezcan como parte procesal y, por lo tanto, con asistencia letrada, sin que esto pueda causarles indefensión alguna, porque cualquier consecuencia que pueda derivarse del expediente necesitará de la realización de un procedimiento judicial desarrollado con todas las garantías. No obstante, es práctica habitual el permitir que las personas interesadas actúen a través de y con el asesoramiento de letrados de su libre elección. Lo que si creemos es que el letrado no posee la posibilidad de proponer prueba o diligencia alguna a practicar, sin perjuicio de que facilite al Fiscal toda la que estime conveniente.

En cuanto a la notificación de los distintos acuerdos y pasos, entiendo que solo debe notificarse la incoación y la decisión tomada al final del mismo, ya que los pasos intermedios son de mera tramitación dirigidos a la información del Fiscal por lo que entran dentro de su proceso interno de toma de decisiones sin que, por si mismos, convoquen a la parte a realizar algo o su desconocimiento le pueda provocar indefensión. Solo deben notificarse aquellos Decretos o decisiones intermedias que exijan una colaboración de la persona a la que se comunican.

Añadamos que, la documentación que compone estos expedientes posee distinta naturaleza que hace que no sea posible la entrega integra a personas distintas de las que han aportado en su caso cada documento

concreto. Así, existen documentos médicos que pueden estar amparados por el secreto profesional fuera del fin al que están destinados, informes de funcionarios públicos realizados a petición de la Fiscalía o enviados por los mismos que, en muchas ocasiones, poseen información sensible que no debe salir de la estricta confidencialidad del expediente. Es preciso, por ello, valorar en cada caso la notificación y entrega de los distintos informes realizados.

4.– Decisión.–

El último paso del expediente es la adopción de la decisión por el Fiscal que lo haya tramitado.

El Fiscal, una vez recibidos los datos, realiza un pre–juicio o examen del material obrante en el expediente, de la situación del presunto incapaz o discapaz y de las posibles medidas adoptar, optando por la más conveniente para la protección de aquél.

Así el Fiscal podrá adoptar alguna de las siguientes resoluciones, entre otras:

- Archivar el expediente por no existir desprotección, haberse adoptado ya todas las medidas para evitar la misma o existir procedimiento judicial abierto para solucionarlo.
- Instar demanda de incapacidad o de recuperación de la capacidad.
- Instar nombramiento de titular de organismo de guarda.
- Instar internamiento.
- Instar medidas cautelares personales o patrimoniales.
- Presentar querrela o denuncia penal.
- Derivar el problema a los servicios sociales o a otra sección de la Fiscalía (por ejemplo, violencia doméstica, vigilancia penitenciaria, etc.).
- Remitir a otra Fiscalía por encontrarse el afectado residiendo en su territorio.

De esta decisión se dará traslado a la persona que solicito la intervención y a otros interesados, ya que creemos es conveniente, y por aplicación analógica de lo dispuesto para las diligencias pre–procesales de carácter penal. Nosotros solemos enviar una copia del escrito presentado en el Juzgado al solicitante, si no se da ninguna causa que lo impida.

Lo que entendemos no cabe es la presentación de recurso alguno sobre la decisión del Fiscal. Si el solicitante se encuentra legitimado para interponer por él mismo la correspondiente actuación judicial podrá hacerlo. Si no solo podría, entendemos nosotros, presentar la correspondiente queja ante los superiores jerárquicos del Fiscal actuante si considera que ha existido algún comportamiento negligente o incorrecto por parte del mismo. Si el Fiscal inicia un procedimiento y alguien no está de acuerdo con el mismo, deberá cuestionarlo directamente en el procedimiento judicial.

III.– Medidas cautelares, o mas propiamente, de protección.

Con antecedentes inmediatos en los antiguos artículos 203 y 209 CC, ya no existe duda que todo el mecanismo de la incapacitación va dirigido a la protección del discapaz, una protección que va mas allá del mero aseguramiento del pleito y que se extiende a una cobertura global de las necesidades personales y materiales de la persona discapacitada. Por ello, la labor del Fiscal no puede limitarse a la actuación en el procedimiento procesal de incapacidad sino que debe, utilizando los instrumentos jurídicos a su alcance, buscar dar una cobertura al discapaz que le permita su total integración en la sociedad sin los riesgos que pudieran derivarse de su minusvalía.

Los artículos 762 y 763 LEC incluyen mecanismos tuitivos para los casos de incapacidad no declarada que se caracterizan por los siguientes elementos:

- Se basan en los principios de flexibilidad y diversificación de respuestas, ya que las medidas que pueden adoptarse son innominadas y poseen una notoria amplitud siendo cualquiera necesaria para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.
- Las medidas a adoptar no se encuentran necesariamente vinculadas a un proceso, no siendo preciso la incoación del procedimiento sino que basta el conocimiento por el Juez de una supuesta causa de

incapacitación. Su campo de actuación entendemos que es mas amplio que el de asegurar la efectividad de una sentencia de incapacitación, no siendo necesariamente accesorias a un procedimiento de incapacitación como ocurre con las basadas en el artículo 158 y 216 CC.

– La actuación judicial no precisa de una actuación de parte, pudiendo adoptarse estas medidas de oficio.

Las medidas que pueden adoptarse quedan al arbitrio judicial con el único limite de que se adecuen a las necesidades de protección del discapaz.

El motivo principal que debe llevar al juez a la adopción de estas medidas es la situación de amenaza y desvalimiento de la persona discapacitada. Por ello, no son aplicables aquí del todo las teorías clásicas de que las medidas cautelares están preordenadas a la futura ejecución de la sentencia, o la más abierta de que sirven para asegurar la efectividad de la sentencia. Nos encontramos más ante unas medidas provisionales de protección que ante unas medidas propiamente cautelares. Mientras que las medidas cautelares buscan la efectividad futura de la sentencia, estas medidas buscan una protección actual o presente del discapaz, buscando conjurar los peligros que puedan afectarle durante la tramitación del procedimiento. Además, deben darse –con unas peculiaridades muy llamativas que le apartan de la normalidad– los presupuestos básicos para que proceda la adopción de cautelas: el peligro en la demora, la apariencia de buen derecho y la fianza.

Esto hace, por un lado, que, como ya hemos indicado, podamos hablar de medidas de protección más que de medidas cautelares previas o imbricadas en el proceso. Por otro, provoca el que las medidas a adoptar tengan, en muchos casos, un carácter especialmente urgente que matiza las reglas procedimentales de adopción de las tradicionales medidas cautelares establecidas en la LEC a las que se remite, si bien deben tenerse en cuenta las oportunas adaptaciones.

El procedimiento básico para su establecimiento puede resumirse en los siguientes pasos:

– Petición.

– Celebración urgente de vista con audiencia de los interesados y practica de las pruebas.

– Resolución por auto susceptible de apelación, en ambos efectos si deniega la medida, y sin efectos suspensivos si las adopta.

Como indica Martínez Die es dudoso que las medidas contempladas en los artículos 762 y 763 LEC puedan considerarse como autenticas medidas de carácter cautelar, ya que las mismas no van dirigidas a evitar que la declaración judicial se transforme en inútil por el paso del tiempo, ya que, al ser constitutiva, la sentencia de incapacitación no precisa propiamente ejecución alguna.

Así, estas medidas no van dirigidas a asegurar el resultado del pleito, sino que su fin primordial es la protección de la persona aquejada por la discapacidad. Solo esta finalidad protectora justifica su adopción. La protección puede dirigirse a la persona del discapaz o a su patrimonio por lo que podemos hablar de medidas cautelares personales y patrimoniales.

Por ello, los caracteres típicos de las medidas cautelares no son aplicables aquí de forma automática. Veámoslo:

1. Instrumentalidad.

Las medidas cautelares son instrumento de los procesos declarativo y de ejecución. Ahora bien, estas medidas de protección carecen de esta instrumentalidad, ya que son un fin en si mismas, por lo menos de forma parcial. Tienen como finalidad primordial la protección de la persona o bienes del sujeto afectado, y pueden ser acordadas aunque el proceso no se haya iniciado e incluso aunque no llegue a iniciarse.

2. Provisionalidad.

Las medidas cautelares se mantendrán en tanto en cuanto cumplan con su función de aseguramiento del resultado del pleito. Las medidas de protección solo desaparecerán cuando dejen de ser necesarias para la protección del discapaz, por lo que, conceptualmente, pueden convertirse incluso en permanentes.

3. Temporalidad.

Consecuencia clara de su carácter instrumental, nacen con una vocación temporal dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a la adopción de las mismas, se procederá su extinción.

4. Variabilidad.

Las medidas cautelares van a poder variarse si se da variación en los presupuestos o motivos que hayan provocado su adopción. Esta característica si es aplicable a las medidas protectoras que estamos estudiando.

Debido a estas diferencias entre ambas, para la adopción de estas medidas protectoras no es preciso tener en cuenta los presupuestos clásicos de las medidas cautelares en el proceso civil, si bien si deben contemplarse otros. A saber:

- No es necesaria la existencia de *periculum in mora* o peligro por el retraso en la tramitación del procedimiento. Ahora bien, si podemos decir que la situación jurídica cautelable es la existencia de una persona que, al parecer carece de aptitud para gobernarse, total o parcialmente, por sí misma y la existencia de un riesgo para el mismo o para su patrimonio.
- No hace falta la verosimilitud del derecho que alegue el solicitante (*fumus boni iuris*), en el sentido de que exista un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor. Lo que si debe buscarse es que la medida a adoptar sea suficiente y proporcionada para evitar el riesgo derivado del peligro constatado.
- No es imprescindible la prestación de contracautelas como la fianza.

Por lo tanto, el juzgador goza de una completa discrecionalidad para adoptarlas lo que incluso puede hacer de oficio.

Las medidas cautelares pueden solicitarse antes de comenzar el proceso, junto con la demanda, pendiente ya el litigio, incluso, por la idea de protección que hemos indicado anteriormente, desligado del mismo.

La LEC establece un proceso autónomo para la adopción de medidas cautelares (libro III, título VI, capítulo I), con lo que se solucionan las dudas que había planteado la remisión que anteriormente se hacía a la jurisdicción voluntaria. En particular, la posibilidad de convertir el trámite en contencioso (artículo 1817), que en la nueva regulación se sustituye por la oposición a las medidas cautelares que puede formular el presunto incapaz que no ha sido oído.

Pueden acordarse de oficio por el Tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal, cuando llega a su conocimiento la existencia de una persona en la que concurre causa de incapacitación. En el caso de que se adopten de oficio por el Tribunal medidas sin que exista proceso, este comunicara al Ministerio Fiscal para que este, en un plazo prudencial que hoy no esta determinado, inste el proceso de incapacidad, o le pida que deje sin efecto la medida, o la modifique o la prolongue hasta que el Ministerio Fiscal formule la demanda.

Competente será el juez que conozca de la incapacidad o que debiera, en su caso, conocer de la misma, es decir, el de la residencia del demandado (artículo 756 LEC).

Como regla, las medidas cautelares se adoptarán previa audiencia del presunto incapaz, lo que no deja de presentar problemas ya que no serán pocos los presuntos incapaces que no se encuentren en condiciones de ser oídos, por lo que la excepción puede transformarse en regla. También deberá oír a las demás personas interesadas que serán, cuando menos, los familiares legitimados para instar la incapacidad y aquellos otros cuyos intereses económicos y patrimoniales se van a ver afectados por la medida.

Pueden, asimismo, adoptarse sin llevarse a efecto la audiencia previa del afectado cuando existan razones de urgencia o necesidad, ya que el artículo 762 LEC señala que, como regla, se adoptarán previa audiencia de la persona afectada, de lo que se deduce que existirán supuestos en los que pueda prescindirse de dicho trámite, estableciéndose en el artículo 733 LEC como causa para ello las razones de urgencia o que la audiencia pueda hacer que la medida pierda su finalidad. No obstante, y para no causar indefensión a las personas interesadas, se les deberá oír luego en el plazo de cinco días, estableciendo el artículo 739 LEC la posibilidad de que el afectado pueda oponerse a la adopción de las medidas, para lo que dispone del plazo de veinte días contados desde la notificación del auto acordado las medidas y podrá alegar cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.

Dado que, uno de los requisitos para poder establecer las medidas, es la presunta incapacidad, el juez deberá recabar un informe médico y explorar, si es posible, al presunto incapaz.

La medida se adoptara mediante auto motivado apelable en un solo efecto, debiendo darse a la apelación una tramitación preferente (artículo 736–1º LEC).

Adoptadas las medidas cautelares con carácter previo al procedimiento de incapacitación, se discute si las mismas dejan de tener vigor en el plazo de veinte días señalado en el artículo 730-2º LEC, si no se presentare la correspondiente demanda de incapacitación. Aunque algún autor se ha manifestado sobre la caducidad de las mismas, nosotros entendemos que este precepto no resulta de aplicación al caso que analizamos, ya que el artículo 762 LEC tiene carácter especial y prima sobre el régimen general de las medidas cautelares. Si las medidas se han adoptado en beneficio del presunto incapaz, no pueden perder vigencia en tanto no quedara acreditado que han desaparecido las causas que motivaron su establecimiento, todo ello sin perjuicio de lo que luego diremos sobre la duración de estas medidas de protección. Añadamos, además, que no es obligatorio el presentar la demanda de incapacitación por haberse adoptado las medidas cautelares. Puede ocurrir, y solo a título de ejemplo, que la medida provoque la recuperación de la capacidad (lo que puede ocurrir a través del internamiento involuntario) o que la acción protectora se haya agotado con la medida adoptada (autorización para intervención quirúrgica) sin que sea precisa ninguna otra.

Ahora bien, lo que no es posible es el mantener sine die la medida protectora por esta vía previa por lo que entendemos precisa la fijación de un plazo limitado para la revisión de las mismas, de forma análoga a los seis meses que establece el artículo 763 para el internamiento.

Estudiemos, ahora, las diversas medidas que pueden adoptarse, si bien no nos encontramos ante un catalogo cerrado:

a.- Medidas de protección patrimoniales.-

El artículo 727 LEC establece algunas de las medidas que pueden adoptarse con carácter cautelar, si bien pueden adoptarse otras y no todas ellas tienen una clara aplicación en los procesos de capacidad. Por su trascendencia en los procesos de capacidad, podemos destacar:

1º.-Administración o intervención judicial de bienes.

Dirigida a proteger el patrimonio del presunto incapaz para impedir que terceras personas pueda aprovecharse de la falta de capacidad de éste.

Esta gestión de los bienes del presunto incapaz necesita la designación de una figura de guarda a la que se le atribuya la facultad de administrar los bienes e ingresos del presunto incapaz. La facultad de nombrar a un administrador judicial de los bienes también está contemplada en el artículo 299 bis CC.

La administración provisional no es una tutela patrimonial anticipada, ya que las facultades del administrador judicial son más limitadas que las del tutor. Así, no detenta la representación del presunto incapaz, por lo que no podrá enajenar ni realizar actos dispositivos de los bienes, ni siquiera con autorización judicial. Las renunciaciones de derechos, los gastos extraordinarios, las enajenaciones y gravamen de inmuebles y objetos de valor pertenecientes al patrimonio en administración, sólo las podrá realizar el demandado o su representante legal con autorización judicial. Pero bien entendido que el administrador judicial no es representante legal del demandado, limitándose su gestión a la administración ordinaria de conservación del patrimonio mientras se decide acerca de la capacidad del titular.

Al acordar la administración judicial como medida cautelar, será práctico indicar en la resolución, aunque sea someramente, las facultades y deberes del administrador. Entre ellos, hacer inventario, rendir cuenta y constituir fianza, en su caso.

Tampoco el interventor judicial es un curador provisional. El optar por una intervención mejor que por una administración deberá darse cuando el juzgador aprecia en principio cierta capacidad de autogobierno en el demandado. De nada serviría, por ejemplo, nombrarle interventor para que le asista en ciertos actos de disposición, a una persona notoriamente inválida o privada del uso de la razón, porque de todas formas no iba a poder realizar tampoco ninguno de los actos sujetos a intervención.

Lo indicado no quiere decir que no podamos, en este estadio, enajenar un bien sometido a la medida cautelar. Ahora bien, para ello, se necesitara previa autorización judicial, que solo podrá justificarse si concurren circunstancias que hagan más gravosa para el patrimonio del presunto incapaz la conservación que la enajenación. Esto puede hacerse, precisamente, por el carácter amplio de estas medidas de protección pero como una medida cautelar distinta de la de administración judicial.

El nombramiento suele recaer en la persona de algún pariente próximo del presunto incapaz, y tras tomar posesión del mismo deberá presentar inventario y rendir cuentas periódicamente, pudiéndose exigir también la oportuna fianza.

Digamos que estas funciones pueden cubrirse también con un defensor judicial con facultades específicas añadidas o con el reconocimiento judicial formal del guardador de hecho del incapaz.

2º.— Depósito de bienes muebles.

Esta medida tiene aplicación cuando el presunto incapaz tiene dinero, títulos y objetos de valor que puedan estar en peligro de desaparición. El dinero y títulos pueden quedar ingresados en la Cuenta Provisional de Consignaciones o en una cuenta a nombre del presunto incapaz intervenida judicialmente. Para el resto de bienes, deberá nombrarse un depositario.

3º.— Formación de inventario.

En caso en que el presunto incapaz cuente con un importante patrimonio, esta sería la primera medida a adoptar. Medida casi obligatoria, puede hacerse como medida de carácter autónomo o como accesoria a una administración judicial.

4º.— Anotación preventiva de la demanda.

La anotación de la demanda en los Registros Públicos (Civil, de la Propiedad o Mercantil) es necesaria para que terceras personas tengan conocimiento de la existencia de un procedimiento de incapacitación, advirtiéndoles para que no contraten con él y evitando que les ampare el principio de la buena fe en el caso de que lo hagan antes de dictarse la sentencia de incapacitación.

5º.— Bloqueo de cuentas corrientes.—

Dirigida a evitar la expoliación de la misma por parte de terceras personas, entendemos que puede ser total o limitada a determinados cargos o a determinados movimientos. Así, la cuenta puede ser bloqueada para la disposición por ventanilla, pero no para el pago de determinados cargos por domiciliación de recibos, como puede ser el abono de la residencia en que se encuentre el presunto incapaz.

6º.— Autorización para la venta de algún bien o el establecimiento de prohibiciones de disponer.—

Esto cuando sea necesario para, por ejemplo, el pago de una residencia u hospital o bien para asegurar que no enajenara o venderá bienes en su propio perjuicio.

b.— Medidas de protección personales.—

En ellas podemos incluir los reconocimientos, tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, cuidados especiales, el internamiento en centro adecuado, el traslado provisional a una residencia para la desinfección del domicilio, el cambio de cerraduras de su casa y la entrega de las llaves a la trabajadora social para su asistencia, el nombramiento provisional de un tutor o guardador interino, e incluso, utilizando un concepto amplio de protección del incapaz, la esterilización del mismo. También pueden restringirse o limitarse las salidas al exterior de la residencia si la salud física o la seguridad del discapaz, así lo exige. Dejando aparte el internamiento que se tratará en otra mesa de trabajo y como quiera que, en otros apartados, vamos a tratar específicamente alguna de estas trataremos ahora las otras dos.

1.— Nombramiento provisional de un tutor o guardador interino.—

Indica Díez-Picazo, que es posible adoptar como medida provisional de protección, el sacar al incapaz de la zona de influencia de determinadas personas o colocarlo bajo la dependencia directa de otras, lo que supone el nombramiento de un guardador de carácter interino. También podríamos incluir aquí, el nombramiento de un defensor judicial con la atribución de las facultades que el Juez estime convenientes lo que puede tener un carácter patrimonial, pero, sin duda, también, personal. Este defensor judicial, es distinto del que se le nombra para intervenir en el procedimiento de incapacidad aunque, no hay inconveniente de que recaiga en la misma persona.

Esta medida presenta ejemplos en la jurisprudencia menor como el AAP de Asturias (5ª) de 5 de junio de 2000 o AAP de Barcelona de 8 de abril de 2000.

También puede nombrarse a un defensor judicial, bien de forma genérica, o para actos puntuales como la aceptación de una herencia o la presentación de una acción civil o penal.

2.— La esterilización del incapaz.—

En cuanto a la esterilización del incapaz, cuestión de importante calado jurídico-moral y social, recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994 de 14 de Julio, que refleja la misma como un derecho del

incapaz, y no de ninguna otra persona – evitar la preocupación de los padres por el embarazo, por ejemplo–, ni de la sociedad – con fines eugenésicos –. Por ello, solo debe concederse en «*mayor interés del incapaz*», sin que deba tenerse en cuenta, por ejemplo, el de los herederos del mismo. El TC también tiene en cuenta el interés del posible hijo, al que el incapaz no podría cuidar. El fin de esta posibilidad se encuentra en que el discapaz viva la sexualidad como parte del desarrollo personal del ser humano, tratando de evitar el riesgo que se crea para la posible descendencia cuando la persona padece un trastorno psíquico que, por su naturaleza e intensidad, comprometa o anule su capacidad de poder cuidar a la posible descendencia.

Sorprendentemente, esta posibilidad se encuentra prevista en el Código Penal – Art. 156– como causa de exención de la punibilidad de las lesiones, recogiendo este artículo el marco procedimental aplicable. A pesar de ello, no podemos olvidar que nos encontramos en una cuestión de carácter civil y no penal, y, como indica algún autor, los principales problemas que se derivan de la misma se deben a esta incorrecta ubicación. Así se dice que la configuración nos hace cuestionarnos si la no penalización de la esterilización supone la existencia de un derecho a la misma. La Circular 1/91 de la Fiscalía General del Estado y la STC mencionada configuran la misma como un derecho del incapaz necesario para su integración personal y el desarrollo de su personalidad, incluida la faceta sexual, en un plano de igualdad con las demás personas.

Por lo dicho anteriormente solo se debe practicar si no hay otro medio de que el incapaz pueda ejercer su sexualidad sin problemas. No sería lógico privar al discapacitado del ejercicio de una sexualidad que, como faceta constitutiva de la persona, es necesaria para su realización como tal. Lo que se busca es que su empleo no sea traumático.

Para poderse autorizar la esterilización se requiere:

- 1.– Padecer una deficiencia o minusvalía psíquica como condición necesaria pero no suficiente, debiendo ser de las que dan lugar a incapacitación legal y no cualquier otra. La deficiencia tiene que ser bastante grave para que se declare la incapacitación, pero no es necesario que esa incapacitación sea total ya que, en ese caso, se daría una carencia también total para la realización de actividades sexuales.
- 2.– Dicha deficiencia, según el Código, ha de ser «grave». Esto da lugar a problemas interpretativos. Por un lado, como hemos visto, debe ser bastante para que se declare la incapacidad. Por otro, debe ser tan débil que permita ejercer la sexualidad ya que, en otro caso, carece de sentido la esterilización. La gravedad, por ello, debe referirse a aquella que impida al incapaz comprender lo que es la esterilización y que le prive de aptitud para asumir la sexualidad y comprender el alcance de sus consecuencias, tal como refleja la STC. Entendemos que si el incapaz tiene discernimiento suficiente para prestar su consentimiento – tenga sentido para entender lo que supone la esterilización– no es precisa la autorización, lo que deberá tenerse muy en cuenta en el caso de los sometidos a curatela. En este caso habrá que estar a la sentencia de incapacitación ya que el Juez podrá entender en la misma que el incapaz no pueda decidir sobre este tema, pudiendo solicitarlo el curador. Esto presenta el inconveniente del abuso judicial de las sentencias tipo al determinar el alcance de la incapacidad. Es necesario tener en cuenta que la enfermedad debe tener una cierta duración, siendo muy discutible su práctica en enfermos agudos.

Debe buscarse la posibilidad de otros medios, menos traumáticos, de contracepción antes de la esterilización. Descartado el aborto por ser más traumático y posterior a la concepción si cualquier otro sistema es factible debe seguirse este. Factible no solo médicamente, sino que el incapaz dado su grado de discernimiento pueda seguir por sí solo, y no si necesita un control constante por parte de sus guardadores, lo que afectaría a su derecho fundamental a la dignidad.

- 3.– Es competente el Juez de 1ª instancia del domicilio del incapaz, dentro del mismo procedimiento de incapacitación o en procedimiento de jurisdicción voluntaria independiente.
- 4.– La solicitud debe hacerla el representante legal del incapaz. Es decir el padre, el tutor y entendemos que también el guardador de hecho al que, de acuerdo con el artículo 304 CC se le permite realizar cuantos actos redunden en interés del incapaz, si bien esta última posibilidad es rechazada por la mayoría de la doctrina. No podrá hacerlo nunca el Ministerio Fiscal, ya que la ley trata de excluir la intervención estatal en la materia. Lo único que podrá hacer el Fiscal es tratar de dotar a esa persona de representante legal lo antes posible.

- 5.– Se requiere el dictamen de dos especialistas. Lo idóneo sería que informara un urólogo o ginecólogo – dependiendo del sexo– sobre la existencia de capacidad para procrear – puesto que, en otro caso, la esterilización sería innecesaria–, la conveniencia del método propuesto frente a otros métodos anticonceptivos, riesgos de la intervención y posibles consecuencias negativas de la operación para la salud; y un psicólogo o psiquiatra sobre la gravedad de la deficiencia psíquica para comprender la esterilización y para asumir el cuidado de la descendencia y el riesgo que una hipotética concepción y embarazo pueda suponer para la estabilidad psíquica de la incapaz. La doctrina entiende que serían convenientes otros informes de asistentes sociales sobre el entorno social y forma de vida del discapaz y ello porque habrá que tener en cuenta la edad, personalidad, comportamiento sexual, etc... No es lo mismo un incapaz con personalidad retraída que no sale de casa y no muestra interés por los temas sexuales, que otro que carece del adecuado control y muestra un comportamiento sexual desinhibido.
- 6.– El Juez debe explorar por sí mismo al incapaz para comprobar su postura sobre el tema y la mayor o menor fiabilidad de la misma.
- 7.– Se necesita audiencia del Fiscal como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales del incapaz.

Practicadas estas pruebas si la esterilización no está clínicamente desaconsejada, no se puede acudir a otra solución y hay riesgo de embarazo no deseado que repercuta gravemente en la dignidad y el desarrollo personal del incapaz, debe concederse la autorización, denegándola en otro caso.

Ahora bien, como ya hemos indicado, la esterilización solo puede hacerse en interés del incapaz y no por interés eugenésico o de los poderes públicos, ni tampoco por el de los representantes del incapaz. Por último, debe contribuir a la efectiva integración social del incapaz. Así lo indica el TC en su sentencia de 14–7–1994 (fundamento jurídico 4º):

«Lo primero –la justificación– porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el artículo 428 CP, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (artículo 10–1º CE) y a su integridad moral (artículo 15–1º CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (artículo 39–3º CE) inherentes a tales situaciones».

IV.– El tratamiento ambulatorio.

Este apartado ya lo hemos tratado en otros lugares de este trabajo.

V.– El artículo 158 cc como cláusula de cierre del sistema de protección.

Como cláusula de cierre y de intervención urgente se establecen las medidas cautelares o de protección inmediata que tratan de facilitar, tanto en el campo civil como en el penal, la rápida intervención judicial en caso de peligro, y mientras se produce una intervención judicial de fondo sobre la situación del discapaz.

Establecidas en el artículo 158 del Código Civil para su aplicación se seguirán las normas de la jurisdicción voluntaria, más rápidas que las del contencioso y que no necesitan la intervención de abogado o procurador. Este artículo 158 expone textualmente:

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...)

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

Y el artículo 216 del Código Civil añade:

«Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos».

No se establecen las medidas concretas a adoptar lo que concede al Juez una gran flexibilidad y agilidad para establecer aquellas más convenientes para el caso concreto, flexibilidad que, asimismo, se da en lo que hace referencia al procedimiento y a las diligencias que pueden practicarse, lo que acerca este procedimiento al de instrucción penal.

Se comprenden aquí todos aquellos supuestos en que se reconozca legalmente a la autoridad judicial la genérica facultad de adoptar medidas protectoras de orden personal, aunque conceptualmente no existiría problema para que se adoptasen determinadas medidas de carácter patrimonial sobre el incapaz. El Juez tiene la posibilidad de adoptar estas medidas con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier procedimiento civil o penal o bien en el trámite de jurisdicción voluntaria.

El principal problema que presentan las medidas adoptadas de acuerdo con este precepto hace referencia a su duración temporal. Nos remitimos aquí a lo indicado para el resto de las medidas de protección que entendemos que es, totalmente, aplicable.

13. – LA LABOR DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES.

13.—LA LABOR DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES.

I.— Presentación.

Antes de empezar, me gustaría dedicar este trabajo al Director de este Curso Fernando Santos Urbaneja. Y lo hago así porque, en este Curso de especialización dirigido fundamentalmente a Fiscales que se inician en la materia de Protección a las Personas con discapacidad, es conveniente resaltar a una persona sin cuya dedicación, conocimientos, solidaridad con los más necesitados y empuje, las Fiscalías no serían en esta materia lo que hoy son. El sabe que lo considero amigo, maestro y compañero por ese orden y, como además se que, como todo buen hombre, se adorna por una modestia real le prometo que esta será la última vez que le hago esta jugarreta. Pero quiero que quede por escrito y decirlo en alto como reconocimiento y sobre todo como pago de una deuda al hombre que me enseñó que esta, a veces olvidada materia, es el mascarón de proa de una Fiscalía comprometida, hasta el tuétano de los huesos, con los derechos humanos. Dicho lo dicho, cumplido lo que debió hacerse en justicia, empecemos.

Aunque el proceso de incapacidad supone un elemento angular del sistema jurídico de protección a los discapacitados, su efectividad para resolver los concretos problemas que continuamente vienen planteándose se encuentra limitada, fundamentalmente, por su duración que provoca una inconveniente lentitud y por su radicalidad, ya que, al limitar la capacidad de obrar de la persona, debe utilizarse en los casos estrictamente necesarios, lo que no puede suponer dejar sin reacción jurídica las cuestiones que necesiten protección en aquellos casos en que la situación de la persona discapaz no sea tan grave como para justificar el dictado de una sentencia de incapacidad.

Para solucionar estas cuestiones, el sistema jurídico nos ofrece un elenco de mecanismos de protección que no debemos dudar en utilizar.

La importancia que en la puesta en marcha de estas medidas y en la protección de las personas con discapacidad atribuye nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, hace que este no pueda limitarse a trasladar al Juzgado de forma automática todas las peticiones y comunicaciones que le llegan con supuestas necesidades de intervención en protección con una persona con discapacidad.

Así lo indica con respecto a la incapacitación la Circular 1/ 2001 de la Fiscalía General del Estado 1/2001 de 5 abril de 2001 sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

«El Ministerio Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacidad o de declaración de prodigalidad, cuando no lo haga ninguna de las personas mencionadas en los apartados 1 ó 5 del artículo 757, con la única excepción de la incapacitación de menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (artículo 757-4º). La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el artículo 757-3º, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Esta conclusión queda confirmada a fortiori por el art. 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación «si lo estima procedente».

Esta afirmación corre paralela al convencimiento de que la incapacidad es algo más que un diagnóstico. La enfermedad debe provocar una sintomatología suficiente para producir unos efectos que impidan el autogobierno de la persona, la capacidad de autocuidado de su persona y de sus bienes, y la defensa de sus propios intereses.

De acuerdo con lo dicho, habrá que estar a la hora de demandar o intervenir no tanto al diagnóstico, sino a los efectos que la enfermedad origina y las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. Siguiendo a Fernando Santos Urbaneja, para determinar que una persona debe ser incapacitada debe determinarse que necesita hacer de forma ordinaria una persona para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer más de lo que puede habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del art. 200 CC. Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en una residencia, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la residencia, quedándole solo unas pesetillas para pequeños gastos. En estos casos, la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no este ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas). La base de la incapacitación se basa así en la segunda parte del artículo 200 del Código Civil que hace referencia a la falta de autogobierno y esto es lo que el Fiscal debe buscar antes de interponer una demanda de incapacidad. Lo mismo ocurre en el resto de las intervenciones que el Ministerio Fiscal debe realizar en el ámbito de la protección jurídica de las personas con discapacidad.

En esta ponencia tratamos de abordar la actuación interna de las Secciones de Protección al Discapacitado de la Fiscalía en la toma de decisiones sobre la materia y en la actividad extrajurisdiccional de las mismas, ya que, aunque en muchas ocasiones, no terminan en un procedimiento judicial, suponen un efectivo instrumento protector y de control del bienestar de los discapacitados institucionalizados o no. Es lo que denominamos «fase previa de la intervención del Fiscal».

Tal como se refleja en las Memorias de las distintas Fiscalías y ha sido destacado en diversas ocasiones por el Coordinador a nivel nacional Carlos Ganzenmuller, la labor del Fiscal en la fase preprocesal es ingente. En esta fase se intenta recopilar información actual sobre las circunstancias denunciadas. Así la enfermedad padecida, familiares próximos a la persona afectada, su situación económica y personal, etc... Para ello pasamos a exponer los principales aspectos de estas Diligencias.

II.— Fase previa de intervención del fiscal: los expedientes informativos.

Ya tratábamos este tema en un trabajo anterior.

7.— Informe psicológico de Actividades de la Vida Diaria (AVD). Sería conveniente la introducción de una prueba psicológica dirigida a valorar la posibilidad de ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria del presunto incapaz. Existen diversos instrumentos para realizar estas valoraciones si bien el desconocimiento de los mismos crean dificultades en su uso idóneo. Así suelen utilizarse en el campo de los mayores la escala de la Cruz Roja o el test de Katz, o las Tablas AMA de la Asociación Médica Americana, entre otros. Hoy debemos tener en cuenta también el establecido en el RD 504/2007 de 20 de abril sobre el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006 de 14 de diciembre. Es interesante el llamado « Documento Sitges » en el que se realiza un análisis de la posibilidad de toma de decisiones durante la demencia.

El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, así como en aquellas otras situaciones en que las personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo-cognitiva, teniendo en cuenta el entorno habitual donde la persona desarrolla su vida habitual y de las barreras arquitectónicas existentes en el mismo. Recogemos un resumen del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE 96/2007, de 21 de abril de 2007).

En la valoración de la dependencia se consideran las siguientes actividades, tanto básicas como instrumentales de la vida diaria, así como la actividad de tomar decisiones en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental u otras situaciones en que las personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo-cognitiva. Lógicamente las mismas deben ponerse en relación con la edad de la persona:

COMER Y BEBER: Llevar a cabo las tareas y acciones coordinadas relacionadas con comer los alimentos servidos, llevarlos a la boca y consumirlos de manera adecuada para la cultura local, cortar o partir la comida en trozos, abrir botellas y latas, usar cubiertos. Sujetar el vaso, llevarlo a la boca y beber de manera adecuada para la cultura local, mezclar, revolver y servir líquidos para beber, beber a través de una ayuda instrumental.

REGULACIÓN DE LA MICCIÓN/DEFECACIÓN: Indicar la necesidad, adoptar la postura adecuada, elegir y acudir a un lugar adecuado para orinar/defecar, manipular la ropa antes y después de orinar/defecar, y limpiarse después de orinar/defecar.

LAVARSE: Lavarse y secarse todo el cuerpo, o partes del cuerpo, utilizando agua y materiales o métodos apropiados de lavado y secado, como bañarse, ducharse, lavarse las manos y los pies, la cara, y secarse con una toalla.

OTROS CUIDADOS CORPORALES: Cuidado de partes del cuerpo que requieren un nivel de cuidado mayor que el mero hecho de lavarse y secarse.

VESTIRSE: Llevar a cabo las acciones y tareas coordinadas precisas para ponerse y quitarse ropa y el calzado en el orden correcto y de acuerdo con las condiciones climáticas, y las condiciones sociales, tales como ponerse, abrocharse y quitarse camisas, faldas, blusas, pantalones, ropa interior, (...), zapatos, botas, sandalias y zapatillas.

MANTENIMIENTO DE LA SALUD: Cuidar de uno mismo siendo consciente de las propias necesidades y haciendo lo necesario para cuidar de la propia salud, tanto para reaccionar frente a los riesgos sobre la salud, como para prevenir enfermedades, tal como buscar asistencia médica; seguir consejos médicos y de otros profesionales de la salud; y evitar riesgos.

TRANSFERENCIAS CORPORALES: Agrupa las actividades siguientes.

- Sentarse: Adoptar y abandonar la posición de sentado, y cambiar la posición del cuerpo de estar sentado a cualquier otra como levantarse o tumbarse.
- Tumbarse: Adoptar y abandonar una posición tumbada o cambiar la posición del cuerpo de la horizontal a cualquier otra, como ponerse de pie o sentarse.
- Ponerse de pie: Adoptar y abandonar la posición de estar de pie o cambiar la posición corporal de estar de pie a cualquier otra posición como tumbarse o sentarse.
- Transferir el propio cuerpo mientras se está sentado: Moverse, estando sentado, de un asiento a otro, en el mismo o diferente nivel, como moverse desde una silla a una cama.
- Transferir el propio cuerpo mientras se está acostado: Moverse estando tumbado de un lugar a otro en el mismo o diferente nivel, como pasar de una cama a otra.

DESPLAZARSE DENTRO DEL HOGAR: Andar y/o moverse dentro de la propia casa, dentro de una habitación, entre diferentes habitaciones.

DESPLAZARSE FUERA DEL HOGAR: Caminar y/o moverse, cerca o lejos de la propia vivienda, y/o utilización de medios de transporte, públicos o privados.

TAREAS DOMÉSTICAS: Agrupa las actividades siguientes.

- Preparar comidas: Idear, organizar, cocinar y servir comidas frías y calientes para uno mismo.
- Hacer la compra: Conseguir a cambio de dinero bienes y servicios necesarios para la vida diaria, como la selección de alimentos, bebidas, productos de limpieza, artículos para la casa o ropa; comparar la calidad y precio de los productos necesarios, negociar y pagar por los bienes o servicios seleccionados y transportar los bienes.
- Limpiar y cuidar de la vivienda: Incluye actividades como ordenar y quitar el polvo, barrer, fregar y pasar la fregona/trapeador a los suelos, limpiar ventanas y paredes, limpiar cuartos de baño e inodoros/excusados, limpiar muebles; así como lavar los platos, sartenes, cazuelas y los utensilios de cocina, y limpiar las mesas y suelos alrededor del área donde se come y cocina.
- Lavar y cuidar la ropa: Lavar la ropa (a mano o a máquina), secarla (al aire o a máquina), plancharla, y guardarla en el armario o similar.

TOMAR DECISIONES. Capacidad de controlar, afrontar y tomar por propia iniciativa, decisiones personales acerca de como vivir de acuerdo con las normas y preferencia propias. Agrupa la toma de decisiones relativas a las actividades de autocuidado, actividades de movilidad, tareas domésticas, interacciones interpersonales básicas y complejas, usar y gestionar el dinero y uso de servicios a disposición del público.

ELEMENTOS A VALORAR EN CADA APARTADO

COMER Y BEBER

Emplear nutrición y/o hidratación artificial
Abrir botellas y latas
Cortar o partir la carne en trozos
Usar cubiertos para llevar la comida a la boca
Sujetar el recipiente de bebida
Acercarse el recipiente de bebida a la boca
Sorber las bebidas

REGULACIÓN DE LA MICCIÓN/DEFECACIÓN

Acudir a un lugar adecuado
Manipular la ropa
Adoptar y abandonar la postura adecuada
Limpiarse
Continencia micción
Continencia defecación

LAVARSE

Lavarse las manos
Lavarse la cara
Lavarse la parte inferior del cuerpo
Lavarse la parte superior del cuerpo

OTROS CUIDADOS CORPORALES

Peinarse
Cortarse las uñas
Lavarse el pelo
Lavarse los dientes

VESTIRSE

Calzarse
Abrocharse botones
Vestirse prendas de la parte inferior del cuerpo
Vestirse prendas de la parte superior del cuerpo

MANTENIMIENTO DE LA SALUD

Aplicarse medidas terapéuticas recomendadas
Evitar riesgos dentro del domicilio
Evitar riesgos fuera del domicilio
Pedir ayuda ante una urgencia

TRANSFERENCIAS CORPORALES

Sentarse
Tumbarse
Ponerse de pie
Transferir mientras sentado
Transferir mientras acostado

DESPLAZARSE DENTRO DEL HOGAR

Desplazamientos vinculados al autocuidado

Desplazamientos no vinculados al autocuidado
Accede a todos los elementos comunes de las habitaciones

DESPLAZARSE FUERA DEL HOGAR

Acceso al exterior
Desplazamiento alrededor del edificio
Desplazamiento cercano
Desplazamiento lejano
Utilización de medios transporte
REALIZAR TAREAS DOMÉSTICAS
Preparar comidas
Hacer la compra
Limpiar y cuidar de la vivienda
Lavar y cuidar la ropa

Aplicables sólo en situaciones de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental o con deficiencia en la capacidad perceptivocognitiva

TOMAR DECISIONES

Actividades de autocuidado
Actividades de movilidad
Tareas domésticas
Interacciones interpersonales
Usar y gestionar el dinero
Uso de servicios a disposición del público
Accede a todas las estancias comunes de la casa o residencia.

La puntuación final se obtiene de la suma de los pesos de las tareas en que la persona valorada no tiene desempeño ponderada por el coeficiente del grado de apoyo en cada tarea y el peso de la actividad correspondiente. En el caso de las personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, así como con afectaciones en su capacidad perceptivo-cognitiva se empleará además una tabla específica de pesos de las tareas, seleccionando como puntuación final aquella que resulte más beneficiosa para la persona valorada.

Como vemos, a pesar de la dificultad que supone la medición de la capacidad de autogobierno y autonomía de una persona, estos índices nos pueden acercar una idea aproximada que nos ayuden a tomar las decisiones más ajustadas para la protección del discapaz. Añadamos que lo normal es que, en estos casos, estos estudios estén ya realizados o en periodo de realización pro lo que no se cargarían más los profesionales encargados sino que bastaría con la utilización, aquí y, en su caso, en el subsiguiente proceso de incapacidad de las valoraciones ya realizadas.

8.-Partida Literal de nacimiento al Registro Civil. No son pocos los casos en que el presunto incapaz no está inscrito o no se logra dar por diversos motivos con dicha partida literal. En estos casos no está de más interesar la inscripción fuera de plazo con los datos de que disponemos con el fin de que, cuando sea firme la sentencia, pueda inscribirse la misma. Es conveniente aportar la partida con la demanda si es que se posee o indicar que se ha instado la misma para que el Juzgado la reclame al Registro Civil. Algunos Juzgados creen que, el aportarle esta partida, es una obligación del Ministerio Fiscal llegando a suspender el procedimiento en tanto no se aporte lo que consideramos una práctica viciosa y no fundada. El interés del incapaz exige la continuación del procedimiento y el carácter público e inquisitivo (del que ya no cabe dudar) hace que sea el Juzgado el que practique de oficio las diligencias que considere pertinentes con el fin de obtener dicha documentación. Es importante también el comprobar si la persona esta ya incapacitada o ha ejercido su derecho a designar tutor para si mismo para lo que debemos tener en cuenta que en el Boletín Oficial de las Cortes Generales 24 de noviembre de 2006 se publica el proyecto de ley de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad en la que se establece un Registro Central para estas materias al que, una vez en funcionamiento, deberemos acudir .

Fuimos, precisamente, nosotros mismos los que, en 2003, propusimos dicha modificación. Decíamos, entonces, que esta centralización facilitaría la seguridad de la contratación con incapaces contribuyendo a su incorporación a la vida jurídica en condiciones de igualdad con las personas totalmente capaces, lo que es uno de los fines últimos de la institución protectora que supone la incapacitación.

Las otras diligencias las vemos en otros lugares de este trabajo.

12.– Examen directo del presunto incapaz cuando lo considere necesario.

Indudablemente estas diligencias no son las únicas que pueden practicarse ni es necesario hacerlas en su totalidad en todos los casos. Solo deberán hacerse las que se consideren imprescindibles para tomar la decisión, dejando el resto, en su caso, para el procedimiento judicial.

En las mismas es posible el acompañamiento y la intervención de abogado si las personas citadas así lo desean. Digamos no obstante, que los expedientes informativos internos de la sección de protección son los instrumentos por los que la Fiscalía realiza el acopio de los documentos y antecedentes necesarios para decidir si realiza alguna actuación judicial dirigida a la protección de los presuntos incapaces una vez acreditada por suficientes indicios la existencia de dicha situación de incapacidad. No son, por tanto, un procedimiento ni causa judicial alguna en las que las personas interesadas comparezcan como parte procesal y, por lo tanto, con asistencia letrada, sin que esto pueda causarles indefensión alguna, porque cualquier consecuencia que pueda derivarse del expediente necesitará de la realización de un procedimiento judicial desarrollado con todas las garantías. No obstante, es práctica habitual el permitir que las personas interesadas actúen a través de y con el asesoramiento de letrados de su libre elección. Lo que si creemos es que el letrado no posee la posibilidad de proponer prueba o diligencia alguna a practicar, sin perjuicio de que facilite al Fiscal toda la que estime conveniente.

En cuanto a la notificación de los distintos acuerdos y pasos, entiendo que solo debe notificarse la incoación y la decisión tomada al final del mismo, ya que los pasos intermedios son de mera tramitación dirigidos a la información del Fiscal por lo que entran dentro de su proceso interno de toma de decisiones sin que, por si mismos, convoquen a la parte a realizar algo o su desconocimiento les pueda provocar indefensión. Solo deben notificarse aquellos Decretos o decisiones intermedias que exijan una colaboración de la persona a la que se comunican.

Añadamos que, la documentación que compone estos expedientes posee distinta naturaleza que hace que no sea posible la entrega íntegra a personas distintas de las que han aportado en su caso cada documento concreto. Así, existen documentos médicos que pueden estar amparados por el secreto profesional fuera del fin al que están destinados, informes de funcionarios públicos realizados a petición de la Fiscalía o enviados por los mismos que, en muchas ocasiones, poseen información sensible que no debe salir de la estricta confidencialidad del expediente. Es preciso, por ello, valorar en cada caso la notificación y entrega de los distintos informes realizados a personas que no sean las que aportaron el mismo, e incluso, en algunos casos, valorarse no aportarla al procedimiento judicial sin perjuicio de hacer llegar los hechos recogidos en las mismas a través de la prueba del procedimiento. Creemos aplicable aquí el artículo 754 LEC, relativo a la exclusión de la publicidad, teniendo estas diligencias el carácter de reservadas, especialmente cuando de conocer la persona objeto del expediente la existencia del mismo o la identidad de las personas que lo han instado, pudiese determinar cualquier tipo de perjuicio para cualquiera de ellos.

Sobre todo, es preciso tratar con especial cuidado el supuesto de los profesionales de la medicina y de la psicología clínica para no afectar o afectar sólo en lo imprescindible la relación de confianza médico–paciente. Por ello debería valorarse en cada caso la posibilidad de no aportar junto con la demanda determinada documentación, como la solicitud de incapacitación o determinados informes médicos o sociales, lo que posee especial importancia en el caso de enfermedades mentales, como hemos indicado anteriormente.

III.– Decisión.

El último paso del expediente es la adopción de la decisión por el Fiscal que lo haya tramitado.

El Fiscal, una vez recibidos los datos, realiza un pre–juicio o examen del material obrante en el expediente, de la situación del presunto incapaz o discapaz y de las posibles medidas adoptar, optando por la más conveniente para la protección de aquél.

Así el Fiscal podrá adoptar alguna de las siguientes resoluciones, entre otras:

–Archivar el expediente por no existir desprotección, haberse adoptado ya todas las medidas para evitar la misma o existir procedimiento judicial abierto para solucionarlo.

- Instar demanda de incapacidad o de recuperación de la capacidad.
- Instar nombramiento de titular de organismo de guarda.
- Instar internamiento.
- Instar medidas cautelares personales o patrimoniales.
- Presentar querrela o denuncia penal.
- Derivar el problema a los servicios sociales o a otra sección de la Fiscalía (por ejemplo, violencia doméstica, vigilancia penitenciaria, etc.).
- Remitir a otra Fiscalía por encontrarse el afectado residiendo en su territorio.

El movimiento de las personas discapacitadas con los cambios de competencia que ello supone hace que, en muchos casos, deban remitirse los expedientes entre Fiscalías. Creemos que es necesaria la remisión de toda la documentación obrante en la Fiscalía de origen a la de destino con el fin de que ésta tenga un conocimiento exhaustivo de la situación del discapacitado.

De esta decisión final se dará traslado a la persona que solicito la intervención y a otros interesados, ya que creemos que ello es conveniente, y por aplicación analógica de lo dispuesto para las diligencias pre-procesales de carácter penal. Nosotros solemos enviar una copia del escrito presentado en el Juzgado al solicitante, si no se da ninguna causa que lo impida.

Lo que entendemos no cabe es la presentación de recurso alguno sobre la decisión del Fiscal. Si el solicitante se encuentra legitimado para interponer por él mismo la correspondiente actuación judicial podrá hacerlo. Si no solo podría, entendemos nosotros, presentar la correspondiente queja ante los superiores jerárquicos del Fiscal actuante si considera que ha existido algún comportamiento negligente o incorrecto por parte del mismo. Si el Fiscal inicia un procedimiento y alguien no está de acuerdo con el mismo, deberá cuestionarlo directamente en el procedimiento judicial.

IV.– Los expedientes derivados de las comunicaciones deducidas como consecuencia de las peticiones derivadas de la Ley de Dependencia.

Ya hemos indicado anteriormente que la actual puesta en marcha de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia va a suponer (está suponiendo ya) el afloramiento de un gran número de situaciones de incapacidad que hasta ahora no habían llegado a conocimiento del Ministerio Fiscal. Esto es así porque esta Ley configura como un derecho el apoyo estatal a las situaciones de dependencia y establece una serie de ayudas y apoyo a los cuidadores a lo que estos difícilmente van a poder sustraerse por lo que van a llegar a conocimiento de las Administraciones Públicas encargadas situaciones de incapacidad que hasta ahora no llegaban. Estas, lógicamente, en cumplimiento del deber que les impone el artículo 757-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de dicha causa de supuesta incapacidad. Ante ello, el Fiscal deberá reaccionar y por los principios que hemos expresado anteriormente deberemos valorar si existe causa de incapacidad, no por la enfermedad o dependencia que se nos alega, sino porque esta suponga una falta de autogobierno y, además, exista motivo que justifique la incapacidad. Y, para ello, deberá incoarse, tras comprobar que la persona no se halle ya incapacitada el correspondiente expediente informativo para valorar la conveniencia de presentar en su caso la correspondiente demanda de incapacidad y controlar la labor de los guardadores de hecho que van a detectarse a través del procedimiento de protección a la dependencia.

Sobre estos expedientes podemos hacer las siguientes precisiones:

- 1.– Van a suponer un crecimiento importante en el número de los mismos y en el volumen de trabajo a soportar por las secciones de protección de las personas con discapacidad de las diferentes Fiscalías, tanto para los fiscales asignados a los mismos, como para el personal auxiliar colaborador. Como es habitual en estas materias, y dada la atención que desde las estructuras jerárquicas del Ministerio Fiscal y desde los poderes públicos se otorgan a las mismas, eso no va a suponer el más mínimo refuerzo personal, ni la más mínima comprensión, por lo que habrá que responder a la sociedad con un trabajo de calidad pero con los mismos medios.
- 2.– Para organizar un sistema que nos sea útil y que nos permita responder sin una sobrecarga excesiva de trabajo es necesario conocer el procedimiento que se va a seguir para llevar a cabo la

atención a la dependencia. Tengamos en cuenta que la regulación del mismo corresponde a las distintas Comunidades Autónomas por lo que existirán variantes entre estas. No obstante, podemos establecer un esquema básico del mismo:

- 1.– Iniciación del expediente.– El escrito de iniciación del expediente deberá presentarse en los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de las personas solicitantes.

Esto solo podrá hacerse por las personas que pudiesen estar afectadas por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, en concreto:

a) Representación legal:

- Padre o madre que ostente la patria potestad de las personas menores de edad.
- Tutor de las personas que hayan sido objeto de incapacitación por sentencia judicial.
- El órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que haya asumido la tutela en el supuesto de menores de edad que hayan sido declarados en situación de desamparo.
- Guardador de hecho de una persona presuntamente incapaz, al que se considera como representante mediante una declaración específica de ser tal, en la que se incluye el compromiso de que, en el supuesto que prospere la solicitud, destinar las prestaciones que le pudieran reconocer a éste a la atención y cuidado del dependiente, así como, poner en conocimiento de la entidad, de forma inmediata, cualquier cambio que, en relación a la custodia de la persona dependiente, pueda acaecer en el futuro.

El compromiso en Andalucía es más amplio ya que el que admite ser guardador se compromete, además de a comunicar los cambios relativos a la custodia, a « que, en el supuesto de que prospere la solicitud que tiene formulada en nombre de la persona indicada, asume la obligación de administrar los derechos que pudieran reconocerse con la debida diligencia y en interés de la misma. Asimismo se compromete a comunicar cualquier variación de las circunstancias personales y familiares, ya que pueden tener incidencia en los derechos que en su caso se reconozcan».

b) Representación voluntaria:

Cualquier persona con capacidad de obrar a la que otra le haya conferido su representación. Esta representación deberá acreditarse por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. En este sentido, procederá, en el supuesto de que la persona interesada esté imposibilitada para firmar la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia pero conserve su capacidad de autogobierno, la declaración de mandato verbal conferido por ésta, y la ratificación del mismo en el momento de la valoración.

La solicitud se acompañará de determinados documentos. En concreto:

- Documento acreditativo de la identidad de la persona interesada y, en su caso, de su representante.
- En su caso, documento acreditativo de la representación o declaración responsable del guardador de hecho.
- Documento acreditativo de la residencia (certificados de empadronamiento correspondientes para justificar la residencia en la fecha de la presentación y la residencia en territorio español durante cinco años, al menos dos, anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

Con simplemente esta documentación se puede iniciar el expediente. En cuanto a los hechos base basta con la indicación de la persona solicitante de que el dependiente no puede valerse por sí mismo. En Andalucía con esta mera declaración y la declaración de guardador de hecho se está comunicando a la Fiscalía la existencia de una causa de incapacidad lo que provoca una intervención de Fiscalía basada en datos muy endeble. Por ello, en este momento no disponemos de datos para presentar una demanda de incapacidad. Pero tampoco podemos desconocer la documentación y archivar sin mas el expediente preprocesal sino que nuestra obligación es apurar la investigación para comprobar la existencia de causa y motivo de la incapacidad. Dado el número de asuntos que van a llegar, la remisión a los médicos forenses o a los trabajadores sociales para informe y así valorar la situación colapsaría tanto las Fiscalías como los servicios indicados.

Nos podemos encontrar, pues, en varias situaciones:

- La solicitud va firmada por el dependiente. Presunción de capacidad y no necesidad de remisión, en principio, al Ministerio Fiscal.
- La solicitud va firmada por un mandatario verbal por imposibilidad del solicitante. Creo que estamos en los casos de imposibilidad física por lo que también debe operar la presunción de capacidad y no procede comunicación alguna al Ministerio Fiscal sin perjuicio de que se haga más adelante si se detecta causa.
- La solicitud va firmada por un representante legal debidamente acreditado lo que, en el caso de mayores de edad, supone la existencia de sentencia de incapacidad y nombramiento de figura de guarda. En este caso, la situación esta regularizada y no existe motivo alguno para su remisión al Ministerio Fiscal.
- La solicitud va firmada por un guardador de hecho. Es el supuesto típico que puede provocar la intervención del Fiscal, si bien en el momento de la solicitud entiendo que no está suficientemente depurada la situación.

2.– Valoración.– La solicitud se remite por los servicios sociales comunitarios a los servicios de valoración. Comienza entonces el procedimiento de valoración para determinar el grado y nivel de la dependencia. Esto se hará por los equipos de valoración integrados en la estructura administrativa de la respectiva Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, siguiendo el baremo que hemos visto anteriormente.

La misma se realiza en el domicilio del dependiente salvo circunstancias excepcionales. El órgano de valoración podrá solicitar los informes complementarios o aclaratorios que considere convenientes, así como recabar de los Servicios Sociales Comunitarios, o de otros organismos, los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes cuando el contenido de los antecedentes obrantes en el expediente o las especiales circunstancias de la persona interesada así lo aconsejen.

Una vez concluida la valoración de la situación de dependencia el órgano de valoración elevará, a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, propuesta de resolución conteniendo el dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los servicios y prestaciones que la persona pueda requerir.

La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o a sus representantes legales en el plazo máximo de tres meses, a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del municipio de residencia de la persona solicitante. Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se haya notificado resolución expresa, la solicitud podrá entenderse desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente.

Una vez dictada esta resolución disponemos de datos más concretos sobre la situación del dependiente, y tendríamos construido gran parte del material necesario para valorar la conveniencia de presentar o no la demanda.

3.– Elaboración del Programa Individual de Atención (PIA).– Una vez comunicada la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia a los Servicios Sociales Comunitarios que hayan iniciado la tramitación del procedimiento, y siempre que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia deba producirse en el año en que se hubiera dictado dicha resolución, aquellos elaborarán la propuesta de Programa Individual de Atención correspondiente a la persona beneficiaria.

A estos efectos deberá presentarse la siguiente documentación:

- a) Declaración de los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, quienes no estuvieran obligados a presentarlas, certificado de retenciones de rendimientos percibidos, o, en su defecto, declaración responsable de ingresos y declaración sobre la titularidad de los bienes inmuebles, así como los bienes muebles que reglamentariamente se determinen.
- b) En su caso, documentación acreditativa de las circunstancias personales y familiares alegadas por la persona interesada.

Los Servicios Sociales Comunitarios deberán realizar un informe social en el que se detalle la situación social, familiar y del entorno de la persona en situación de dependencia y remitirán a la correspondiente De-

legación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, además de la propuesta de Programa Individual de Atención, las declaraciones, la documentación acreditativa del trámite de audiencia así como el informe social sobre la situación familiar y del entorno de la persona declarada en situación de dependencia. Esta remisión deberá producirse en el plazo máximo de dos meses desde que se reciba la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia.

4.— Aprobación del plan.— La persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales dictará, previas las comprobaciones que procedan, resolución por la que se aprueba el Programa Individual de Atención con el siguiente contenido:

- a) Datos y circunstancias personales y familiares de la persona en situación de dependencia.
- b) Servicio o servicios prescritos, con indicación de las condiciones específicas de la prestación de éste, así como de la participación que en el coste del mismo pudiera corresponder a la persona en situación de dependencia según su capacidad económica.
- c) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, prestación económica vinculada al servicio.
- d) Excepcionalmente, prestación económica para cuidados familiares, cuando la persona beneficiaria esté siendo atendida en su entorno familiar y se reúnan las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.
- e) En su caso, prestación económica de asistencia personal, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.

La aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del Programa Individual de Atención deberá producirse en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes.

Como vemos, en el momento en que por los servicios sociales se plantea el Plan Individualizado de Intervención poseemos un material médico, social y económico de gran importancia que puede ser muy útil para que el Fiscal lleve a cabo una valoración exhaustiva de la causa y el motivo de la incapacidad sin necesidad de practicar nuevas pruebas. Por ello creemos que el momento en que debe comunicarse la situación de incapacidad al ministerio Fiscal es, como muy pronto, una vez dictada la resolución de valoración, momento en que ya podemos considerar con cierta base real la existencia de una causa con posibilidad de afectar al autogobierno de la persona. Sería conveniente que con la comunicación se remita el expediente completo para valorar toda la documentación e incluso que se aportara al expediente judicial, bien con la demanda, bien con posterioridad, la documentación nueva utilizada para la elaboración del PIA. Creemos que, con dicha documentación, nos bastaría con la aportación de la partida literal de nacimiento y, en su caso, el contacto con los parientes para valorar y, en su caso, presentar la demanda con un acervo documental muy superior al que hasta ahora estamos utilizando en la mayoría de las Fiscalías.

Nosotros creemos que este último momento sería el idóneo para comunicar al Fiscal la situación por varios motivos:

- En primer lugar, porque en ese momento ya tendremos información suficiente para considerar que los datos indiciarios de incapacidad son suficientemente serios para comunicar al Fiscal la existencia de una causa de la misma.
- En segundo lugar, porque con la remisión del expediente se evita la duplicidad de actuaciones y el derroche de recursos, en esta materia escasos, evitando además molestar innecesariamente a las personas dependientes.
- En tercer lugar, porque la misma dinámica de la valoración que, necesariamente, llevará un tiempo, ralentizara el acceso a Fiscalía de los expedientes permitiendo una tramitación de los mismos sin provocar un colapso del sistema.

A pesar de lo dicho en Andalucía se han dado instrucciones a los Servicios Sociales Comunitarios para que comuniquen la situación a Fiscalía desde el primer momento lo que ha provocado una importante ava-

lancha de papel. Con el fin de solucionar el problema en Jaén hemos tenido reuniones con el Servicio de Valoración de la Dependencia y hemos implantado el siguiente sistema provisional que puede ser útil para otras provincias:

- 1.– Los servicios sociales comunitarios comunican a Fiscalía la solicitud en el caso de que se realice por un guardador de hecho, no en el resto de los casos en que debe presumirse la capacidad del dependiente hasta que no se constate otra cosa en el procedimiento de valoración.
- 2.– En Fiscalía comprobamos si nos constan antecedentes de dicha persona y si no nos consta que este incapacitado o en trámite incoamos expediente con el decreto que aportamos en los apéndices y oficiamos directamente al Servicio de Valoración interesando que nos envíen, a la mayor brevedad, la siguiente documentación:
 - Resolución de valoración del grado de dependencia con copia del formulario de recogida de información y documentación medica obrante en el expediente.
 - Resolución del Plan Individualizado de Actuación con copia de los informes sociales, médicos y económicos obrantes en los mismos.
- 3.– Con dicha documentación valoramos la existencia de causa y motivo de incapacidad y, de ser así, nos ponemos en contacto con los parientes y solicitamos partida literal de nacimiento revisando, en su caso, la supuesta guarda de hecho ejercida.

El único problema que posee este sistema es que entre la comunicación y la posibilidad de actuación por parte del Fiscal pueden transcurrir entre 6 y 9 meses, teniendo en cuenta los plazos que la administración se da a sí misma, por lo que insistimos que lo lógico sería que la comunicación se hiciera cuando ya se puede actuar, evitando la existencia de expedientes parados que solo provocan problemas de logística.

V.– Breve referencia de determinados expedientes específicos.

Junto a los expedientes que podemos llamar ordinarios, existen otros que no van dirigidos tanto a valorar la conveniencia de la presentación de una demanda de incapacidad, la determinación o revocación de una tutela, o el control de una guarda de hecho si no que su objetivo va a ser el realizar otras actividades distintas pero dirigidas a la protección integral de las personas con discapacidad.

En la Fiscalía de Jaén hemos realizado expedientes de distintos tipos, algunos de los cuales ejemplificamos en los apéndices, pero entre los que podemos destacar:

- Dirigidos a comprobar una situación de maltrato a anciano o discapacitado.
- Dirigidos a comprobar la posible conculcación de derechos de los mismos o la existencia de prácticas irregulares en residencias o centros.
- Dirigidos a facilitar el acceso de los ancianos o discapacitados a los recursos básicos o en defensa de su derecho a la igualdad o a la accesibilidad.
- Dirigidos a controlar patrimonios protegidos.
- Dirigidos a control ordinario de centros residenciales.
- Dirigidos a impulsar protocolos de intervención en determinados casos de enfermos mentales o deficientes desamparados o recientemente excarcelados.
- Derivados de los Programas de Intervención en Centros Penitenciarios con presos con enfermedad o deficiencia mental.
- Dirigidos a investigar expolios patrimoniales de ancianos o discapacitados.
- Dirigidos a controlar gestiones tutelares o a valorar remociones.

Como vemos hay múltiples variantes (incluyendo incluso algunos de carácter penal) y, por ello, la metodología de los mismos varía de unos a otros. No se puede dar un esquema de los mismos debido a su especificidad, pero digamos que deben moverse de acuerdo con los mismos principios que hemos visto para los expedientes en general

VI. Estadística y recogida de información de los expedientes informativos.

Para comprender el verdadero trabajo realizado por las Secciones de Protección a las Personas con discapacidad es necesario que los libros registro y las bases de datos recojan desde el principio la actividad del Fiscal, por lo que los expedientes deben constar en los mismos como si de un procedimiento judicial se tratara.

Igualmente, es primordial que la estadística refleje la totalidad del trabajo realizado en la Sección, por lo que deberá constatar la totalidad de las diligencias y actividades efectuadas para lo que hay que ser muy escrupuloso en lo que hace referencia a la recogida de la información. En los apéndices recogemos la ficha orientativa que se aprobó en las Jornadas de Fiscales coordinadores de las Secciones de protección a las personas con discapacidad que se celebraron en Madrid en el año 2004. Es conveniente el seguimiento de las mismas para poder aportar luego una situación realista del trabajo de la sección.

E.– CAMBIOS PRODUCIDOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA
CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006.

14.–APROXIMACIÓN DE URGENCIA A ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES
UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU RELACIÓN CON EL
ORDENAMIENTO ESPAÑOL, EN ESPECIAL A LOS ARTÍCULOS 12 Y 13 DE LA MISMA

E.— CAMBIOS PRODUCIDOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006.

14.— APROXIMACIÓN DE URGENCIA A ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, EN ESPECIAL A LOS ARTÍCULOS 12 Y 13 DE LA MISMA

Las leyes nunca mejorarían si no hubiese personas de sentimientos morales más altas que las leyes mismas.

Jhon Stuart Mill (La esclavitud de la mujer).

I.— Presentación.

Quiero empezar recordando las palabras de Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al respecto:

«El sistema de derechos humanos actual tiene por objeto promover y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad pero las normas y los mecanismos existentes de hecho no proporcionan protección adecuada para los casos concretos de personas con discapacidad. Como consecuencia de la convicción de parte de la comunidad internacional respecto a las bondades de instrumentos internacionales que aludan a problemáticas concretas, desde la década de los ochenta cobró fuerza la idea de elaborar una convención temática sobre los derechos de las personas con discapacidad. Evidentemente es hora de remediar ese defecto».

A la necesidad de remediar este defecto corresponde la promulgación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y su protocolo de 3 de diciembre de 2007, primer texto sobre derechos humanos del Siglo XXI.

Esta Convención era necesaria ya que el maltrato a los niños y a las mujeres escandaliza a cualquier sociedad civilizada. Pero el maltrato a las personas con discapacidad no ha adquirido el reproche social que se merece.

Con esta Convención, las Naciones Unidas han adoptado la primera convención para las personas con discapacidad, que ampara al mayor grupo minoritario del planeta, con 650 millones de personas, el 10% de la población mundial, pues resultaba desolador que solo cuarenta y cinco países dispusieran de algún tipo de legislación para proteger a este colectivo tan vulnerable. La principal misión de la Convención no es la de crear nuevos derechos, sino la de garantizarlos, mediante la prohibición de toda discriminación a la persona discapacidad a través de un mecanismo de control y vigilancia que asegure el cumplimiento real y efectivo frente a las personas, familias y colectivos de representación y defensa de la persona con discapacidad.

El artículo 1º de la Convención define el concepto de persona con discapacidad:

«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Se parte de la idea de que la discapacidad radica en la sociedad, no en las personas, que adaptando sus capacidades a los apoyos necesarios, pueden adquirir la capacidad suficiente para ser iguales al resto de sus conciudadanos.

La Convención obliga a cambiar el criterio médico-reglamentario, por el criterio de no discriminación social, de modo que la condición de discapacidad debería ser más amplia y flexible, lo que favorecería la in-

clusión de buena parte de las situaciones sociales en situación o peligro de exclusión, como es el caso, por ejemplo, de las personas con capacidad intelectual límite que no son propiamente discapacitados pero que necesitan apoyos para su desarrollo en igualdad de condiciones de una vida normal.

Estas definiciones deben ponerse en relación con el Art. 5, que las concreta y desarrolla:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Por «*ajustes razonables*» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La Convención dispone que el hecho de no conceder a una persona ajustes razonables equivale a discriminación por motivos de discapacidad.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. Son las medidas llamadas de discriminación positiva.

Partiendo de estas bases la Convención consagra un nuevo paradigma de la discapacidad que va a condicionar de forma importante todo nuestro ordenamiento jurídico. Veamos como:

II.– Los nuevos paradigmas en materia de discapacidad.

Históricamente, el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas discapacitadas de forma muy precaria sin preocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares.

Este planteamiento va unido al llamado modelo médico de la discapacidad que considera la misma exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela, si bien dirigidas estas mas a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo.

Hoy nos encontramos ya de lleno ante un segundo modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales entrando en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.

Surge como consecuencia de la iniciativa de las propias personas con discapacidad. Así se pone la atención en el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que discriminan a las personas con deficiencias. Encuadrados dentro del movimiento por los derechos civiles, dio lugar al denominado «movimiento de vida independiente» cuya filosofía esta inspirando, de forma importante, muchas de las nuevas leyes sobre discapacidad que priman el ejercicio de los derechos generales y la autonomía de la persona con discapacidad sobre cualquier otra consideración.

La discapacidad se considera como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, nos encontramos, no ante una cuestión meramente social o médica, sino ante una cuestión de derechos humanos. De esta forma, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos.

La discapacidad como fenómeno social entra en las relaciones sociales reguladas por el derecho, por lo que tiene una realidad jurídica que provoca efectos jurídicos. En este campo la discapacidad entra en contacto con la Administración de Justicia.

Pero es que, además, actualmente existe una sobreabundancia de normas en el campo de la discapacidad lo que, sorprendentemente, va pareja a una duda razonable de la real eficacia práctica de las normas promulgadas. Porque lo importante no termina siendo la legislación si no la realidad fáctica de la misma.

Por ello, se dice que la Administración de Justicia en sus relaciones con la discapacidad se encuentra en un proceso de cambio que se nota más en el ámbito legislativo, ya que en la realidad, los procedimientos judiciales son vividos como hostiles por las personas con discapacidad. Una hostilidad que no es intencionada, si no estructural y, por ese motivo, más difícil de combatir.

Elemento de gran interés en este desarrollo es la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 por lo que posee efectos legales plenos en nuestro país. En la misma se reconocen a las personas discapacitadas un importante elenco de derechos y se establecen los mecanismos para que estos derechos sean iguales a los de las personas que carecen de algún tipo de discapacidad.

El acercamiento a esta Convención es importante porque, como ya hemos indicado, la normativa española, a pesar de sus múltiples avances, va a encontrarse con puntos de fricción con la misma que van a exigir importantes reformas legislativas y, sobre todo, diferentes formas de pensar.

A esta conclusión han llegado todos los que se han acercado a la Convención y así lo anunció Rafael de Asís Roig, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, que coordina un trabajo sobre el impacto de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español, encargado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi) y por la Fundación ONCE, en la Comisión de Discapacidad del Congreso de los Diputados.

Como indica esta comisión los principales aspectos jurídicos del derecho español a los que afectará la convención de la ONU sobre la discapacidad serán el modelo social y la capacidad jurídica de las personas, pero también tendrá incidencia en ámbitos como el de la salud, la investigación, la libertad y seguridad, el trabajo o los servicios sociales. Concretamente, la Convención nos obliga a modificar cuestiones del Código Civil, del Penal, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la de Enjuiciamiento Criminal, normativa en materia de educación y al menos siete leyes orgánicas. Pero es que, además, como indica Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI, si en algún ámbito, estos giros adquieren el carácter de turbulencia es en el Derecho Privado de las Personas y, más en concreto, en lo referido a los derechos de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad campo que todos nosotros conocemos sobradamente.

III.— El artículo 12 de la cnudpd. Del concepto de capacidad de obrar a los mecanismos de apoyo

Según la Convención los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Establece textualmente el artículo 12:

«Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.»

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.»

El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no sólo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos, puesto que únicamente con el reconocimiento como persona ante la ley pueden protegerse los derechos a través de los tribunales (el derecho a recurso), posibilitando a una persona a celebrar contratos (el derecho al trabajo, entre otros), a comprar y vender bienes (el derecho a poseer bienes por sí solo y en asociación con otros) y a contraer matrimonio (el derecho a casarse y fundar una familia).

La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, los Estados no deben realizar experimentos médicos en personas con discapacidad sin su consentimiento ni excluir a ninguna persona de la escuela por razón de discapacidad.

La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros. Por ejemplo, los Estados deben exigir a los empleadores privados que establezcan condiciones de trabajo justas y favorables para las personas con discapacidad, incluido un ajuste razonable. Los Estados deben mostrar diligencia en la protección de las personas con discapacidad contra los malos tratos o abusos.

La obligación de actuar. Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta fue una de las cuestiones más polémicas. Ello en virtud principalmente de un enfrentamiento entre aquellos países que abogaban por un reconocimiento pleno, tanto en la capacidad jurídica como de obrar, liderados esencialmente por la Unión Europea, y aquellos países que abogaban por no incluir una referencia relativa a la capacidad de obrar, liderados por un amplio número de países islámicos, China y Rusia. La disputa se saldó al momento de la adopción final de texto por parte del Comité Especial, con la inédita introducción de una nota a pie de página en el artículo 12 con la siguiente enunciación: «*En árabe, chino y ruso, la expresión «capacidad jurídica» se refiere a la «capacidad jurídica de ostentar derechos» no a la «capacidad de obrar».*»

El texto final por parte de la Asamblea General, omitió la nota de pie de página, dando lugar a una disposición innovadora y de gran importancia, al imponer obligaciones a los Estados, que en su gran mayoría, significará la reforma de la legislación interna sobre capacidad jurídica y su ejercicio.

El artículo 12 de la Convención supone un verdadero terremoto con respecto a instituciones tradicionales del derecho. El principio general que sienta este artículo es el de que las personas con discapacidad tienen

la misma capacidad jurídica que las demás en todos los aspectos de la vida, rompiendo dos conceptos casi venerables de nuestro derecho, el de la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y el de la incapacidad como estado civil de la persona que, tras siglos de evolución, acuñó ese gigantesco jurista que fue Federico de Castro. La Convención hace que no quepa ya la sustitución o la representación (mecanismo de tutela) en la toma de decisiones o en el gobierno de sí y de los derechos e intereses de la persona, a causa o por motivo de discapacidad. La pura y mera sustitución, se sustituye por el apoyo o los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica plena. Por cierto, que no deja de recordarnos este planteamiento a una serie de «intuiciones» que hemos ido construyendo los Fiscales de las secciones de protección de personas con discapacidad bajo el lema genérico de «*proteger sin incapacitar*» como es la potencialidad de la guarda de hecho o esas dos maravillosas creaciones jurídicas (que creo, terminaran, pasando a la historia del derecho) como son las teorías de la causa—motivo de la incapacidad y de la doble vía que ha forjado el Fiscal de Córdoba Fernando Santos.

¿Cómo podemos compaginar esto con instituciones tan arraigadas en nuestro Derecho como la incapacitación judicial o con sistemas como la tutela o la curatela? ¿Que reformas legislativas, que cambio de prácticas debemos realizar para respetar escrupulosamente el Convenio, garantizando la seguridad jurídica? Es importante destacar que, desde las Comisiones de expertos que participaron en la elaboración de la Convención, se señaló la necesidad de que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluyera la capacidad de obrar y que cuando el ejercicio de la capacidad de obrar de modo autónomo y personal pueda verse dificultado a causa de la discapacidad, los Estados deberían proveer un sistema de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, así como garantizar la protección contra el abuso en dicho apoyo, protección que no debe presuponer el modelo de tutela actual basado en el modelo de representación y no en el de apoyo.

Aquí radica una de las cuestiones clave de la Convención, que a mi entender, se decanta indudablemente por el sistema de apoyos, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno.

Por ello, cobra el mayor interés el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar que en el procedimiento de modificación de la capacidad se realice desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos: civil, social, patrimonial, político y cultural, a fin de asegurarle en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro.

Para lograr estos objetivos se deberán tener en cuenta:

- Que sean adoptadas, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.
- Que se adopten salvaguardias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona,
- Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida,
- Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona,
- Que serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
- Que garanticen la igualdad en los asuntos patrimoniales.
- Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos.

La Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, por lo cual los Estados deben hacer lo posible para prestar apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra el abuso de ese apoyo.

¿Qué forma puede adoptar dichos apoyos? Por ejemplo, la forma de una persona de confianza o una red de varias personas, y podría necesitarse sólo ocasionalmente o de forma continua.

En el caso de las decisiones con apoyo, la presunción es siempre a favor de la persona con discapacidad que será afectada por la decisión. La persona discapacitada es la que toma la decisión. La persona o personas de apoyo explican las cuestiones, cuando sea necesario, e interpretan las señales y preferencias de la persona dis-

capacitada. Aun cuando una persona que tenga una discapacidad necesite apoyo total, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos. Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores/amigos, en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son en el mejor interés de aquella o de acuerdo con sus deseos.

Estos mecanismos se inician únicamente cuando una autoridad competente determina que una persona es incapaz de ejercer su capacidad jurídica. El párrafo 4 del artículo 12 pide la instauración de salvaguardias para proteger al incapaz contra el abuso de esos mecanismos.

La toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas formas. Quienes ayuden a una persona pueden comunicar las intenciones de ésta a otras personas o ayudarle a comprender las opciones que existen. Pueden también ayudar a otros a que comprendan que una persona con discapacidad grave es también una persona con sus propios antecedentes, intereses y objetivos en la vida, y es alguien capaz de ejercer su capacidad jurídica. Un ejemplo interesante de redes de apoyo se da en la Columbia Británica canadiense a través de los acuerdos de representación de la persona con discapacidad con una red de apoyo como alternativa a la tutoría u otras formas de toma de decisiones sustitutiva.

Debemos optar por ello por la construcción de nuevos mecanismos jurídicos para la protección de estas personas que no precisen la incapacitación y mientras estos no existan utilizar los existentes (graduabilidad de la incapacitación, guarda de hecho, curatela, etc.....).

Esto conlleva, asimismo, la búsqueda de mecanismos de determinación de la necesidad de protecciones especiales que, sin incapacitar, impidan los abusos sobre estas personas. Patricio Monzón propone la creación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que finalice con una resolución cuyo objeto sea el de constatar la situación de los DINAI y la creación de un procedimiento de apoyo a la voluntad. Este autor habla de « *estado civil de apoyo a la voluntad* ». No queremos ahora (faltaría más) cuestionar la brillante obra de Federico de Castro con el avance que supuso en el desarrollo del concepto de incapacidad. Y si quisiéramos necesitaríamos más espacio que el que nos permite este modesto trabajo. Pero nosotros creemos que las nuevas concepciones de la discapacidad, conlleva un nuevo acercamiento jurídico a las mismas y eso provoca que la seguridad y permanencia que se buscaba con la configuración de la incapacitación como un estado civil de la persona se haya terminado transformando en un lastre que impide la flexibilidad que las personas con discapacidad necesitan para el desarrollo de una protección que las integre en la sociedad. Por ello, conservando la concepción de estado civil para los casos más extremos, entendemos que deben buscarse mecanismos ágiles que permitan, sin afectar al estado civil, llevar a cabo una protección y asistencia a las personas con deficiencias en su participación en el mundo jurídico que, de una forma u otra, afecten a su autogobierno.

Estos mecanismos pueden y deben ser judiciales, pero eso no quita la posibilidad de que en uso de su autonomía de la voluntad la persona con determinada capacidad pueda realizar notarialmente una simple declaración de voluntad reconociendo su limitación y estableciendo el régimen de protección que considere conveniente, de tal manera que sin la concurrencia de este, los actos que realice puedan ser anulables. Ahora bien, debería evitarse que algún pariente quiera conocer o controlar todos los actos de administración o disposición de otro al que se someta a una inapropiada presión o coacción con el fin de conseguir que se le nombre por el afectado para controlar su gestión económica.

Para evitar todo esto, la persona con discapacidad debería poder realizar todos los actos que desee para lo que podrían utilizarse los siguientes medios que puede solicitar:

- Que concurra el consentimiento de la persona designada para ello de forma fehaciente y el de la persona con discapacidad de acuerdo con su capacidad natural.
- Cuando lo consientan dos parientes próximos que no tengan interés alguno en el acto de que se trate.
- Cuando un notario, previo expediente, de fe de que a su juicio el acto es razonable o cabal.
- Los realizados al amparo de autorización judicial.

Si miramos al derecho de nuestro entorno, dentro de las figuras que el derecho comparado nos ofrece para proteger sin incapacitar podemos destacar el administrador de apoyo italiano creado por la Ley número 6 de 9 de enero de 2004. Esta figura realiza intervenciones de apoyo temporal o permanente, conservando el be-

neficiario la capacidad de actuar en todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.

Nos encontramos también la figura del asistente del Derecho alemán que se encuentra propuesta en el Anteproyecto de reforma del Libro II del Código Civil catalán que actualmente está comenzando a debatirse. En este anteproyecto se establece que la persona mayor de edad que necesite apoyo de su persona o de sus bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades podrá solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, debiendo la autoridad judicial respetar la voluntad de la misma en cuanto a la persona a nombrar o la exclusión por esta de alguna persona.

El alcance de la asistencia se recogerá en la resolución judicial que la implante, si bien corresponde al asistente la prestación del consentimiento informado para tratamientos médicos en el caso de que el protegido no se encuentre en situación de decidir y no haya otorgado documento de voluntades anticipadas.

En el ámbito patrimonial el asistente intervendrá de forma conjunta con la persona protegida en los actos jurídicos establecidos, pudiendo también otorgársele a petición del protegido funciones de administración del patrimonio.

La asistencia no perjudica a terceros mientras que no se inscriba en el Registro Civil.

La consecuencia es que los actos jurídicos que la persona protegida realice sin la intervención de la persona asistente, cuando esta sea necesaria, son anulables a instancia de la persona titular de la asistencia y de la persona protegida en el plazo de cuatro años contados desde que se extinguió la asistencia.

También podemos referirnos al sistema francés establecido por la Ley de 5 de marzo de 2007 de Protección de Mayores. En concreto podemos referirnos a las medidas de acompañamiento judicial (MAJ) y a las medidas administrativas de acompañamiento social personalizado (MASP).

La medida de acompañamiento judicial permite al Juez encomendar a un tutor profesional la gestión de las prestaciones sociales de una persona cuando ésta no las utiliza en su interés o vive en condiciones precarias, debido a su estado de salud mental o físico (si bien, solo de las prestaciones sociales, no de cualquier otra prestación periódica que reciba el mayor). Es una medida de carácter educativo y social, no privativa de derechos para la persona afectada, y destinada a permitirle recuperar su capacidad para administrar su patrimonio de forma autónoma. Más en concreto, la apertura de una MAJ no necesitará más que una medida administrativa de acompañamiento social personalizada, debiendo oír al mayor como exigencia única procedimental. Y aunque la ley establece que esta medida será objeto de desarrollo por un decreto, está claro que esta figura ha sido prevista para ser ejercida, no por familiares sino por mandatarios profesionales.

La medida administrativa de acompañamiento social personalizado (MASP) está regulada en el art. 271 del Código francés de acción social y de familias, que se desglosa, a su vez, en dos clases: la primera de ellas adopta la forma de un contrato definido entre el interesado, y el departamento administrativo representado por el presidente del consejo general. Y en dicho acuerdo, por un lado, el departamento propondrá la puesta en práctica de acciones a favor de la inserción social y que permitan la autonomía financiera del interesado, coordinados con otras acciones sociales de las que podría beneficiarse el mayor sujeto a protección. Y, por otro, el interesado podrá autorizar al departamento a recibir y a gestionar por su cuenta e interés todo o parte de las prestaciones sociales, estando afectadas las mismas al pago del alojamiento y de cargas de alquiler en curso. Consistiendo la segunda medida en prevenir el caso en el que el interesado se niegue a firmar el contrato de acompañamiento o no respete las cláusulas del mismo, estableciendo, en tal supuesto, que el presidente del Consejo general podrá, con el fin de evitar una expulsión o resolución del arrendamiento, solicitar del Juez de instancia la autorización de pagar, cada mes, la renta del alquiler y las cargas en curso, directamente al arrendador, cargándolo a cuenta de las prestaciones sociales debidas al interesado. Si bien, esta medida no será posible más que si el interesado dispone de recursos suficientes y no ha saldado sus deudas en el plazo de dos meses (art. 271.4).

Y, por último, la nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de la protección judicial de un mayor (art. 471-1-8; y 472.1-4 del Código de acción social y de familias). Estos preceptos prevén que, las personas físicas y jurídicas que ejerciten habitualmente medidas de protección jurídica serán a partir de ahora llamadas mandatarios judiciales de protección de mayores (MJPM) y que son: los delegados a la tutela o la curatela del Estado; los gestores de tutela, ya sean personas físicas o jurídicas; los tutores a las prestaciones sociales; y los empleados de establecimientos de salud; junto con los empleados de establecimientos sociales

o médico–sociales (centros de ayuda para el trabajo, albergues colectivos especializados, etc.), y que son reagrupados en un solo colectivo, debiendo estar inscritos en unas listas departamentales establecidas por los prefectos, con la debida comunicación al Procurador en caso de estar ante mandatarios personas físicas.

Todas estas instituciones pueden introducirse en la reforma del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que como obligación establecida en la disposición final primera de la ley de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de discapacidad de 1/2009 de 25 de marzo.

IV.– El acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Aproximación al artículo 13 de la CONUDPD.

Declarar un derecho no es suficiente para que el mismo prevalezca. Es necesario que el mismo pueda ser exigido con fuerza coactiva a las personas o entidades que deben facilitar su ejercicio. De esto sabe mucho el mundo de la discapacidad ya que, pese a las importantes declaraciones programáticas existentes de igualdad y eliminación de obstáculos (artículos 9–2º, 14, 49, 50 de la Constitución, Ley de Integración Social de los Minusválidos, etc.), ha visto como pasaban los años sin que, en muchos de los casos, se cumplieran los preceptos orientados a facilitar la integración social y laboral de las personas que padecen situaciones discapacitantes. No basta con predicar el derecho si no que debe existir la posibilidad de acudir a los organismos que tienen responsabilidad sobre los mismos para que aseguren su ejercicio. Y en nuestra sociedad el último eslabón de esa cadena es precisamente el acceso a los Tribunales de Justicia para que estos corrijan las conductas desviadas que impidan la verdadera realidad del derecho reconocido.

Por ello, hay que tener en cuenta que la discapacidad afecta también a la forma en la que la persona se relaciona con la Administración de Justicia por lo que procede llevar a cabo los ajustes razonables que permitan dicho acceso en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos.

Este es el punto de partida del artículo 13 CONUDPD que textualmente expone:

«1. Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario».

Este artículo es preciso ponerlo en relación con los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la misma Convención en cuanto expone:

«3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

La postura establecida por la Convención en lo que se refiere al acceso a la justicia está también dentro de las preocupaciones de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que está abordando la elaboración de unas Reglas sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Con esta iniciativa se busca lo que dispone el artículo 13 de la Convención impulsando el desarrollo de políticas públicas que garanticen el acceso y preparar a los servidores y operadores jurídicos para que se dé a estas personas un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Indudablemente, entre estas personas, se incluyen las personas aquejadas de una discapacidad física o mental.

En nuestro país ya existía la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada como proposición no de ley, y por tanto sin el carácter de norma jurídica vinculante, por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002, con la unanimidad de todos los grupos parlamentarios que ya ha iniciado el camino del acceso a la justicia de las personas con discapacidad. De esta carta podemos destacar los siguientes puntos:

«9.— El ciudadano tiene derecho a ser atendido de forma respetuosa y adaptada a sus circunstancias psicológicas, sociales y culturales. (...)»

29.— El ciudadano afectado por cualquier tipo de discapacidad sensorial, física o psíquica, podrá ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en esta carta y en las leyes procesales.

Solamente deberá comparecer ante el órgano judicial cuando resulte estrictamente necesario conforme a la ley.

Los edificios judiciales deberán estar provistos de aquellos servicios auxiliares que faciliten el acceso y la estancia en los mismos.

30.— El ciudadano sordo, mudo, así como el que sufra discapacidad visual o ceguera, tiene derecho a la utilización de un intérprete de signos o de aquellos medios tecnológicos que permitan tanto obtener de forma comprensible la información solicitada, como la práctica adecuada de los actos de comunicación y otras actuaciones procesales en las que participen.

Se promoverá el uso de medios técnicos tales como videotextos, teléfonos de texto, sistema de traducción de documentos a braille, grabación sonora o similares.

Se comprobará con especial cuidado que el acto de comunicación ha llegado a conocimiento efectivo de su destinatario y, en su caso, se procederá a la lectura en voz alta del contenido del acto».

Con este punto de partida, podemos decir que nuestro país está en unas condiciones inmejorables para encarar las obligaciones que nos impone la Convención en esta materia. Otra cosa es la aplicación real de la normativa aplicable. Veamos ahora algunos aspectos concretos.

El artículo 24 de la Constitución, al recoger el derecho de los ciudadanos a la plena tutela judicial de sus intereses, no introduce ninguna distinción. Debido a ello los requisitos para poder actuar en el campo de los procedimientos judiciales son los mismos para las personas que tengan alguna discapacidad como para las que no la tengan. En igual sentido pueden interpretarse los artículos 49 (mandato al Estado del amparo a las personas con discapacidad) y 9 (remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad y la libertad de los ciudadanos) del mismo cuerpo legal. Por ello, podemos afirmar que, el texto constitucional, proporciona una base programática para que las personas con discapacidad no se vean excluidas de la defensa de sus derechos e intereses legítimos en igualdad con el resto de los ciudadanos.

También se recogen estos derechos en la Ley 51/2003 sobre igualdad de oportunidades. En concreto en su artículo 18 al indicar este:

«1. La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho. (...)»

3. Se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades».

Para la defensa de este derecho, la ley establece, además de la legitimación individual de las personas afectadas, la de las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos de las personas con discapacidad.

Ahora bien, esta afirmación de principio no está tan clara en la práctica por lo que, este acceso igualitario, debe estar garantizado en todo momento y situación.

El principal problema que puede encontrarse la persona con discapacidad en su acceso a la Administración de Justicia es el del otorgamiento de poderes a profesionales. Así se les puede vedar el poder notarial para

pleitos, impidiéndoles el acceder a presentación de la demanda. Creemos que esto debe solucionarse permitiéndoles el otorgamiento de poder *apud acta* y considerándole, de forma genérica, capacitado para hacerlo en todos aquellos casos (personación cuando son demandados de incapacidad, demanda de recapitación, actos de carácter personalísimo, etc.) en que la ley les autoriza para llevar a cabo la demanda.

El discapacitado puede carecer de la aptitud necesaria para decidir si presentar o no una demanda. Puede, también, ocurrir que a la hora de dotarse de los profesionales necesarios no se encuentre en condiciones de apoderar a los mismos o de llevar a cabo las mínimas gestiones para obtener, por ejemplo, la justicia gratuita. Y, bajando más al terreno de lo simple, pueden existir barreras arquitectónicas que le impidan acudir a los lugares necesarios o bien la inexistencia de medios suficientes y de preparación en el personal judicial puede dificultar el ejercicio razonable de su derecho de defensa. Por último, a veces, la propia estructura del proceso judicial crea situaciones en que la defensa de la persona con discapacidad se complica.

El sistema judicial debe garantizar que la protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad sea real. De poco sirve reconocer formalmente un derecho si su titular no puede acceder realmente a la tutela judicial efectiva, quedando todo en declaraciones de buenas prácticas y amables intenciones, que lejos de garantizar la eficacia de los derechos, los relega en la práctica. Consecuentemente será necesario adoptar las más intensas actuaciones para vencer, eliminar o mitigar estas limitaciones, para remover los obstáculos que limitan el acceso en igualdad de condiciones. Y esto, como indica Carlos Ganzenmuller, debe hacerse no solo desde el voluntarismo social o político, sino también desde el propio sistema de justicia, a fin de que «*desde dentro del sistema*», se pueda contribuir a la reducción de las desigualdades sociales.

Observemos lo que ocurre en el campo de los llamados juicios rápidos penales. En el campo de los deficientes mentales, sobre todo en los casos dudosos de retraso mental límite, las instrucciones judiciales poco minuciosas y las defensas jurídicas superficiales que no han sabido detectar la minusvalía del acusado provoca el que muchas personas terminen en prisión en unas condiciones desventajosas por no haber sido capaces por su discapacidad de defenderse convenientemente.

El problema se complica aún más con el actual sistema de juicios rápidos ya que la mayor parte de los delitos que cometen estos enfermos se encuentran dentro de su ámbito y la presión que la legislación ejerce sobre los Jueces hace que estos casos aumenten de forma importante. Un diagnóstico adecuado de estas enfermedades no puede darse en el parco periodo de tiempo que los mismos imponen, lo que unido a la tendencia de deficientes y enfermos mentales a desconocer u ocultar su enfermedad, así como su situación, en muchos casos, de exclusión familiar provoca un aumento de los casos en los cuales se condena (incluso con conformidades de personas que no entienden realmente lo que las mismas suponen) sin tener en cuenta mínimamente la patología psíquica del autor.

En este caso de personas que carecen de la aptitud necesaria para comparecer en juicio el apartado 2 del artículo 7 de la LEC recoge que las personas que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. Es decir, si existe incapacidad legal derivada de la discapacidad actuara por él el representante legal (padre o tutor) con la correspondiente autorización judicial en el caso de tratarse de interponer demanda por el tutor (271-6º CC), con la asistencia del curador, la habilitación legal si lo hace por si mismo en el caso de los menores (artículos 1994 y siguientes de la LEC de 1881 aún vigente), o el nombramiento ad hoc de un defensor judicial cuando ello sea necesario (artículo 163 y 299 CC) .

La previsión legal del artículo 7 LEC se completa con lo dispuesto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal. Recoge este artículo otro caso importante de defensor judicial dirigido a evitar que personas con discapacidad que no hayan sido judicialmente declaradas incapaces queden excluidas de la condición de parte procesal y por ello privadas de recibir la tutela judicial efectiva. De esta forma se garantiza que toda persona, haya o no sido declarada judicialmente incapaz, pueda ejercitar sus derechos en el proceso. Si la persona con discapacidad actúa como parte demandada esta asistencia se refuerza ya que, hasta que se le nombre un defensor judicial, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa. El Ministerio Fiscal lo representará y defenderá de forma provisional solo mientras se procede al nombramiento de un defensor judicial, quedando en suspenso el procedimiento hasta que no conste la intervención del mismo.

No obstante, esta última disposición que parece una forma de garantizar la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad que no pueden defenderse por si misma, puede convertirse en una mera justificación formal carente de verdadera virtualidad practica y que, al contrario, sea una forma de dar una cobertura ficticia de acceso a la justicia creando una autentica indefensión. Y ello por:

- 1.–El Fiscal interviene de forma provisionalísima y solo mientras se nombra por el Juez un defensor judicial. La legitimación por sustitución que recibe el Fiscal se pone en marcha bien por excitación de terceros o del propio órgano judicial, o bien de oficio en virtud del conocimiento que el Fiscal tenga de la situación de incapacidad. El llamamiento al Ministerio Fiscal es un mero acto de conservación, una acción de emergencia o medida de carácter muy provisional. Su fin es evitar que quien se encuentre personado pueda actuar en detrimento de quien no se haya defendido por no tener defensor judicial designado.
- 2.–El procedimiento quedará en suspenso en tanto no conste fehacientemente la intervención del Fiscal con su personación expresa en el procedimiento. No basta con notificar al Fiscal la demanda y la resolución que recoge la falta de capacidad para que empiecen a correr los plazos de nuevo. El Fiscal no intervendrá hasta que, en el expediente gubernativo correspondiente, concrete y acopie todos los datos y elementos necesarios para actuar de la forma más provechosa para la defensa del discapaz sin capacidad. Es más rápido y efectivo el que el Juez nombre como defensor judicial a un allegado que conozca la situación (que generalmente será la persona que nos comunica la falta de capacidad) por lo que la intervención del Fiscal sería innecesaria.
- 3.–El Fiscal carece de datos fiables para interponer o contestar una demanda en nombre de nadie, y de tiempo y medios para allegar a través de un expediente gubernativo los datos necesarios para hacerlo con solvencia y dignidad. No se debe arrojar sobre el Fiscal una carga imposible de cumplir ni hacer progresar el proceso, confiando los intereses de los incapaces a una representación formal y forzosamente ficticia lo que haría sufrir el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. Si el actor o demandante conoce la incapacidad de hecho del sujeto pasivo y, por ello, demanda directamente al Fiscal este deberá limitarse a buscar e indicar al Juzgado la persona idónea para el cargo de defensor judicial, quedando mientras el procedimiento en suspenso.

No olvidemos, de todas maneras, que no toda persona con discapacidad puede considerarse falta de capacidad. El artículo 200 del Código Civil indica que la declaración de incapacitación sólo puede recaer sobre aquellas personas que padezcan enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impidan gobernarse por sí misma. Determinadas minusvalías físicas (sordera, ceguera, sordomudez) no afectan a la capacidad de gobierno y, por tanto, no pueden dar lugar a una declaración de incapacidad. Ahora bien, estas minusvalías tienen incidencia a la hora de intervenir en los procedimientos por lo que también deben tenerse en cuenta a la hora de comparar la legislación nacional con el derecho al acceso a la justicia de la personas con discapacidad establecido en el artículo 13 de la Convención. Y ello porque las mismas recibe comunicaciones, son interrogadas, se les requiere, etc... Pudiendo ser abocadas a la no comprensión, al desconocimiento y, por ello, a la indefensión que dificulte e, incluso anule, la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva.

Para este tipo de personas con discapacidad la facilitación del acceso a la justicia se encuentra más en la eliminación de barreras arquitectónicas y en el apoyo para su intervención en el proceso como parte o como testigos, perjudicados, etc.... Nuestro derecho también se encuentra en el buen camino en este sentido. Así los artículos 143–2º LEC y 442 y 443 de LECrim establecen que si la persona fuera sorda se le nombrará intérprete de la lengua de signos para llevar a cabo su declaración. Ahora bien, este camino es aún limitado ya que afecta solo a un sector de la discapacidad que es plural. Se requieren mayores medidas de acción positiva como la aportación de recursos de apoyo a la comunicación oral de los sordos no signantes que son muchos, escritura braille, etc..... Asimismo estos mecanismos no deben limitarse a las declaraciones de la persona con discapacidad, si no a todos los actos que componen un proceso y en todos los casos en que una persona con discapacidad interviene en el mismo.

Incluso nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 30/1989 consideró, en el caso de un imputado en un proceso penal al que no se le dotó de intérprete, que la ausencia de interprete en estos causa una verdadera indefensión.

El artículo 364 LEC también contempla los casos de que el testigo por enfermedad u otros motivos, entre los que se incluyen circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, le resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal. En estos casos la declaración se le tomará en su domicilio, bien directamente, bien a través de auxilio judicial, según que dicho domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal.

A la declaración podrán asistir las partes y sus abogados, y si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado. En igual sentido se manifiesta el artículo 311 LEC cuando la persona que debe ser interrogada es parte en el proceso.

Por último, es interesante hacer referencia a la persona con discapacidad en relación a la asistencia jurídica gratuita.

La Ley 1/1996 de 10 de enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita, recoge en su artículo 5 el reconocimiento excepcional del derecho al indicar:

«En atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que sobre él pesen, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas, y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

En las mismas condiciones señaladas en el párrafo anterior, se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1–2º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés.

En tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué beneficios de los contemplados en el artículo 6, y en qué proporción, son de aplicación al solicitante».

Hoy, por lo tanto, las personas con discapacidad tienen reconocida de forma excepcional el acceso a la asistencia jurídica gratuita en base a su especial situación personal y social. Y no solo eso. También se concede este derecho a las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Todo esto, sin duda, facilitará el acceso a la tutela de los Tribunales ya que, en muchos casos, la misma se ve impedida por la inexistencia de medios económicos para llevarla a cabo.

Un último aspecto, en el que no queremos profundizar pero si destacar, es el de la participación de las personas con discapacidad como profesionales en el campo de la Administración de Justicia (jueces, fiscales, secretarios, funcionarios o letrados). Indudablemente, en el acceso a la justicia debe incluirse la participación activa en el ejercicio de la misma. En este sentido nuestro derecho está dando también pasos adelante que deben consolidarse en la práctica y continuar avanzando en los mecanismos de ajuste de los puestos de trabajo que contempla la ley 51/2003 de igualdad de oportunidades. No obstante, esta adaptación no es un camino de rosas y seguirá encontrándose con multitud de obstáculos que deberán ser superados. En igual sentido es preciso hacer referencia a la adecuada preparación a estos efectos del personal al servicio de la Administración de Justicia.

En esta sentencia se manifiesta la CONUDPD en su artículo 13–2º al indicar *«a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario».*

También es necesario hacer referencia a *«las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad»*, producto de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia, celebradas del 4 a 6 de marzo de 2008, que no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. Se busca, siguiendo la estela de la *«Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano»*, elaborada en Cancún en el año 2002, *«una justicia que protege a los más débiles».*

Estas reglas abogan por la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y por la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial, apoyados por equipos multidisciplinarios. Igualmente se deberá formar adecuadamente a estos operadores, se les sensibilizará y se incentivará su participación en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica acorde con estos principios.

En el campo del Ministerio Fiscal el Estatuto Orgánico, reformado por LO. 24/2007 de 9 de octubre, dispone en su Exposición de Motivos como uno de los ejes de la reforma la implantación del criterio de especialización, idea en la que se incide en Instrucción 5 / 2007 que aborda la organización de las especialidades de siniestralidad laboral, seguridad vial y extranjería y justificaba la especialización en estos términos:

«La singular relevancia que para la Fiscalía General del Estado merece la especialización del Ministerio Fiscal en distintas materias o áreas de su actividad se manifiesta con rotundidad en la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la Constitución Española, que profundizando en los procedimientos de especialización de Fiscales y tras encomendar funciones de coordinación como Fiscales de Sala Delegados del Fiscal General en el orden jurisdiccional civil, penal, contencioso-administrativo y social a los respectivos Fiscales Jefes de Sala del Tribunal Supremo, abordó la figura y funciones de los Fiscales Delegados del Fiscal General del Estado en materias especiales (violencia sobre la mujer, protección de víctimas, menores, vigilancia penitenciaria, delitos económicos, medio ambiente, y siniestralidad laboral), exigiendo –en correspondencia– en todas las Fiscalías de Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencias Provinciales el establecimiento de un Servicio o Sección para cada una de las especialidades objeto de delegación en los Fiscales de Sala, cuya dotación de medios personales será diferente y proporcionada a la distinta carga de trabajo y volumen de asuntos».

Hemos de decir que, sorprendentemente, en ese desarrollo de especialización existe una tradicional postergación de las Secciones de Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas. Siempre hemos dicho que, a pesar de ser las primeras actividades especializadas de las Fiscalías Territoriales (en Jaén y otras provincias andaluzas surgen con la reforma de 1983, antes de las relativas a protección y reforma de menores que surgen en 1987 y 1992 respectivamente), estas secciones siguen sin tener un reconocimiento estatutario o legal como si ocurre con otras lo que crea una situación claudicante ya que distintas Fiscalías se plantean su supresión o su disolución en otras más generales cada vez que se encomienda una nueva labor al Ministerio Público a la que, por su configuración legal, debe darse ineludible respuesta. Aunque de facto la especialización existe en la mayor parte de las Fiscalías la misma se basa en el esfuerzo personal y voluntarista (lo que Fernando Santos denomina «la ética de la real gana») lo que, entendemos, no responde ni por asomo a lo establecido por la Convención que España se ha comprometido a cumplir que no pide ONG's incardinadas en las entidades públicas, si no verdaderas estructuras públicas dedicadas con medios, preparación, sensibilidad y estabilidad a la protección de los derechos que la Convención proclama. Es hora ya de que se dé reconocimiento legal a estas Secciones. Esta es una de las reformas que exige nuestra legislación para adaptarse a la Convención y dado que nuestro ordenamiento ha optado por residenciar en el Ministerio Público la protección y defensa jurídica de las personas con discapacidad, no podemos renunciar a ser punta de lanza de la intervención estatal para remover los obstáculos de la discriminación y la exclusión social de los discapacitados. Además, existen muchos más motivos para la consolidación de estas secciones que muchas otras que se han constituido últimamente (y que no vamos a nombrar para no ofender a ningún compañero que, como grandes profesionales, se sienten implicados con el trabajo que les ha tocado realizar) y ello por diversos motivos:

- 1.–La materia con la que trabajan afecta directamente al ciudadano de a pie que debe sentir la Fiscalía como una institución cercana a sus problemas reales. Una de las labores fundamentales es la relación con entidades sociales, instituciones públicas y diversas redes (de servicios sociales, de servicios sanitarios, etc...) que el profesional debe conocer perfectamente y cuyo conocimiento no se adquiere con los estudios que hemos realizado.
- 2.–Es preciso el conocimiento básico de materias a las que no hemos tenido acceso (psiquiatría, derechos humanos en caso de discapacidad, etc...).
- 3.–La regulación jurídica existente es transversal no bastando con conocer el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento si no que deben utilizarse multitud de leyes nacionales y autonómicas para dar una respuesta en derecho a la multitud de los problemas que se presentan.
- 4.–Es un derecho vivo donde los principales problemas que son los que afectan a la persona no se encuentran resueltos por la ley si no que es preciso el uso continuo de la analogía, la equidad y los principios generales del derecho.
- 5.–Actualmente se encuentra en un profundo proceso de transformación al tener que adaptar nuestra legislación a la Convención lo que supone un profundo cambio en el acercamiento a las instituciones jurídicas que lo regulan.

Para terminar digamos que estas Reglas de Brasilia disponen que se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación. Igualmente las mismas hacen una clara apuesta por la implantación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, si pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de estas personas.

V.– Libertad y seguridad de la persona. El artículo 14 de la convención.

Dispone el artículo 14 de la CNUDPD:

«1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables».

Esta cuestión se contempla también en las Reglas de Brasilia que considera que entra dentro del concepto de privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo por lo que incluye, como no podía ser menos, dentro del concepto los internamientos involuntarios cualquiera que sea el motivo que los justifique.

El artículo 14 no parece prohibir este tipo de internamiento si bien si establece una garantía de su disfrute en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos. Tal como establece la Convención el internamiento forzoso sería discriminatorio si el mismo se justifica tan solo por la existencia de la discapacidad de forma exclusiva. No sería discriminatorio si le es aplicable a todos con independencia de que posean o no una discapacidad como ocurre, por ejemplo, con el internamiento establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

Ahora bien, ¿Que ocurre con el internamiento por razón de trastorno psíquico con finalidad terapéutica? ¿Y si la finalidad es asistencial? ¿Estaríamos ante una medida discriminatoria que debe suprimirse por conculcar el Convenio?

Este internamiento previsto como sabemos en el artículo 763 de la LEC determina una excepción a la regla general basada en determinadas condiciones no referidas a la discapacidad sino a la enfermedad psíquica. Lo importante es la posibilidad de consentir no la situación de discapacidad. Si se puede consentir no existirá internamiento involuntario por mucho que la persona posea una discapacidad e incluso aunque esta condicione la decisión a adoptar. Si no se puede consentir el internamiento será involuntario aunque (y esto solo lo podemos decir hipotéticamente) la persona carezca de discapacidad alguna.

El internamiento forzoso de carácter urgente tal como está regulado en derecho español, a iniciativa de la autoridad médica convalidada por la autoridad judicial, no es contrario a la Convención, siempre que se den los mismos controles que para la privación de libertad de cualquier ciudadano (intervención judicial, control periódico, justificación suficiente).

El internamiento forzoso ordinario de nuestro ordenamiento solo podrá autorizarse con motivo de un tratamiento médico imposible de garantizar en régimen ambulatorio. Lo que si puede provocar la Convención es que la prórroga del internamiento debe considerarse como una medida excepcional sometida a un verdadero control jurisdiccional y no a un mero visto bueno judicial a la decisión medica tal como ocurre ahora en muchos casos. Por ello, como ya ha sido defendido por nuestro compañero López Ebri en las notas de servicio de la Fiscalía de Valencia, se requiere no solo el informe médico del centro psiquiátrico, sino también el del

médico forense o pericial médica adecuada, así como un nuevo examen judicial y la audiencia del interno. Solo con esa práctica se cumplirá la disposición del convenio del control periódico de las medidas limitadoras de los derechos de las personas con discapacidad.

En cuanto a los internamientos de carácter asistencial, tan problemáticos en algunos territorios, debemos destacar el carácter dinámico que la Convención da al concepto de discapacidad. Este carácter impide la existencia de soluciones jurídicas no sujetas a plazos breves de control judicial efectivo, por lo que debe rechazarse la doctrina que considera que estos internamientos no precisan de autorización judicial ya que ello puede encubrir un internamiento no voluntario que se efectúa sin o en contra de la voluntad de la persona mayor vulnerable en contra de lo dispuesto en la Convención. Estamos en presencia de un argumento más para defender la postura de la necesidad de autorización cuestionada por algunos órganos judiciales.

No quisiera terminar este apartado sobre la libertad en la Convención sin hacer referencia al ingreso en prisión de personas con discapacidad en general, y especialmente los discapacitados psíquicos y los enfermos mentales. Estos también se ven amparados por la Convención ya que su trato cuando realizan actividades delictivas no pueden verse agravadas por su discapacidad.

Digamos que no dejan de ser frecuentes las conductas delictivas realizadas por personas que padecen trastornos mentales o deficiencia mentales. Pero esta frecuencia no deriva de su personalidad sino que mantiene una estrecha relación con las condiciones sociales (las situaciones difíciles tales como el paro, la carencia de hogar y vivienda con el consiguiente vagabundeo en la calle, la emigración – legal e ilegal–, los traumas biográficos, el haber sido víctima de abusos e incluso de tortura, la pobreza, además del abuso y/o dependencia del alcohol u otras drogas). Está comprobado, además, el problema tan frecuente de los pacientes que tras su estancia en prisión, al ser puestos en libertad, se les interrumpe el tratamiento, no establecen contacto con el servicio de salud mental de referencia, y a menudo no volverán a estar en tratamiento hasta que vuelven a prisión, tras la recaída y la repetición de las conductas delictivas.

El Defensor del Pueblo Andalúz refleja claramente esta realidad indicando como causas de la existencia de enfermos mentales crónicos en las cárceles las siguientes:

- la falta de apoyo familiar y social.
- el entorno marginal en que se desenvuelven.
- la inconveniencia de aplicar las medidas de internamiento.
- la indefensión que padecen en el proceso penal dada su situación de exclusión y su nula conciencia de enfermedad.
- la carencia de defensores judiciales e instrumentos de tutela eficaces.
- la ausencia de alternativas específicas para los enfermos crónicos en los servicios asistenciales.

En el campo de los deficientes mentales introduce la lógica presencia de casos dudosos de retraso mental límite, las instrucciones judiciales poco minuciosas y las defensas jurídicas superficiales que no han sabido detectar la minusvalía del acusado.

Este problema, a nuestro entender, se complica aún más con el actual sistema de juicios rápidos ya que la mayor parte de los delitos que cometen estos enfermos se encuentran dentro de su ámbito y la presión que la legislación ejerce sobre los Jueces hace que estos casos aumenten de forma importante. Un diagnóstico adecuado de estas enfermedades no puede darse en el parco periodo de tiempo que los mismos imponen, lo que unido a la tendencia de deficientes y enfermos mentales a desconocer u ocultar su enfermedad, así como su situación, en muchos casos, de exclusión familiar provoca un aumento de los casos en los cuales se condena (incluso con conformidades de personas que no entienden realmente lo que las mismas suponen) sin tener en cuenta mínimamente la patología psíquica del autor.

Indicaba Salinero Román, comentando la escasa trascendencia y atención que a veces se presta al enfermo mental en los Juzgados y Tribunales:

«Tres pueden ser a mi juicio, entre otras posibles, las razones de este llamémosle abandono o pasividad frente a la problemática del enfermo mental sujeto a un proceso de naturaleza penal (...):

- La circunstancia de que cuando el juzgador se enfrenta a una causa con una persona imputada o procesada en dicho estado, se siente de alguna manera importunado por constituir una alteración en la tarea*

rutinaria de cada día, que obliga a apartarse de los hábitos de actuación dominados o creídos dominar para estudiar y analizar con atención el supuesto dedicándole un tiempo que repercute en el ritmo diario de trabajo, en ocasiones agobiante. Se prefiere en ese caso olvidar un asunto que sólo ocasiona problemas por su novedad y aparcar al enajenado en cualquier lugar, pues se cree en definitiva que es una persona que a nadie interesa y da igual dónde se encuentre.

– La última hace referencia a la necesidad de examinar y estudiar conceptos y situaciones como las psiquiátricas con las que el juez no suele estar familiarizado por serle ajenas, y que en general se desconocen, pues en ocasiones expresan ideas abstractas de difícil constatación que obligan a realizar un esfuerzo difícil de asumir por una mentalidad acostumbrada a trabajar con otra metodología.

Me atrevería a afirmar que el enajenado es un cuerpo extraño, introducido en el proceso penal diario que hace chirriar la oxidada maquinaria Judicial y que sólo genera dificultades, que no estamos habituados a resolver provocándonos la única preocupación de intentar quitárnoslo de encima para lo cual adoptamos decisiones a veces no demasiado reflexionadas con fines puramente represivos o pietistas, ninguna de las cuales es satisfactoria y desde luego la primera injustificable».

Las consecuencias que esto tiene para las personas aquejadas de enfermedad mental o deficiencias psíquicas son tremendas.

En el caso de la enfermedad mental ya se atisbaron estos riesgos en el año 1987. En ese año un Comité constituido por la Asociación de Jueces para la Democracia, Unión Progresista de Fiscales y la Comisión Legislativa de la Asociación de Neuropsiquiatra de Andalucía indicaba que «...Cuando se unen enfermedad mental deteriorante grave, de curso prolongado, y dificultades familiares (penuria económica, ausencia o avanzada edad de los padres, etc) hay únicamente la breve estancia en la Unidad de Agudos, la visita periódica al domicilio, la inyección mensual... El resto es encierro en el domicilio, vagabundeo sin rumbo. Empleo u ocupación protegida, apoyo psicosocial mantenido, programas específicos de rehabilitación de pacientes a medio y largo plazo... nada de eso existe. Este problema, a corto plazo, va a ser el origen de una nueva institucionalización, de un nuevo encierro, más duro y difícil de desmontar que el presente. Algunas de las personas ya están en el Psiquiátrico Penitenciario y otros, los que tienen dinero, en clínicas y residencias privadas, encerrados...».

Se dice que estos internos (que no son pocos) son los más marginados entre los más marginados. Son marginados en los propios centros penitenciarios; acaban siendo reclusos en las enfermerías o desamparados en los módulos. Y provienen de las capas sociales más desprotegidas. Por ello, requieren una especial atención y apoyo.

En el campo de la discapacidad intelectual se hace muy difícil distinguir entre el retraso mental leve o ligero y la simple pobreza extrema y el bajo nivel cultural. Ahora bien, estas personas tienden a seguir a otros con facilidad pudiendo estos manipularlos. Por ello son con frecuencia utilizados por otros para la comisión de actos delictivos sin ser conscientes de las consecuencias de los mismos. Cuando son detenidos responden de manera confusa a los funcionarios policiales lo que aumenta su vulnerabilidad y sus posibilidades de ser encerrados. Suelen responder de forma afirmativa al ser interrogados con el fin de ganarse la aprobación del interrogador y ocultar su discapacidad. Una vez en prisión sus posibilidades de recibir beneficios penitenciarios son menores que el del resto de los internos.

Por ello, la estancia en prisión de las personas con discapacidad intelectual es completamente devastadora ya que son objeto de abusos, explotación, manipulación e incompreensión lo que provoca un mayor número de actos de indisciplina que perjudican su acceso a los beneficios penitenciarios. Carecen también de programas específicos de reinserción y rehabilitación que se adapten a sus necesidades. Esto transforma la pena en un castigo cruel y degradante proscrito por los derechos humanos y por la misma Convención.

El hecho de que la privación de libertad, sobre todo cuando es prolongada, produce a menudo perturbaciones psíquicas debido a determinadas circunstancias tales como los problemas de espacio, la pérdida de intimidad, el hastío y el aburrimiento, la violencia existente, y el resto del fenómeno denominado prisionización, algo que se agrava cuando se posee una patología previa no detectada, está suficientemente demostrado por los expertos.

Nuestro derecho debe buscar mecanismos legales e implantar recursos que permitan el trato equitativo a las personas con discapacidad que cometen actos delictivos.

VI.– Los artículos 15 y 17 de la conudpd. Derecho a la dignidad y a la integridad.

Los artículos 15 y 17 de la Convención reúnen los derechos a la dignidad personal y a la integridad física y mental de la persona con discapacidad, derechos interrelacionados y de gran trascendencia en la consideración de la humanidad de la persona con discapacidad. Esta puede ser una afirmación muy radical pero no hay que olvidar que durante la historia de la humanidad la discapacidad ha sido tratada como una forma de infrahumanidad, excluyendo de la condición de persona a los que eran diferentes. Tampoco hemos cambiado tanto. Todavía, en el Siglo XXI, uno sigue encontrando y no muy lejos de donde vive, personas atadas con cadenas en cuerdas y sótanos, que solo saben gatear y que comen como animales ocultos por aquellos que más próximos les son.

Y eso que a principios del mes de abril de 2009 leímos con agrado la noticia de que el equipo de investigadores de Atapuerca había identificado un cráneo humano de un niño que podría tener entre los 5 y 12 años y que padecía una rara deformidad craneana que indica que tuvo un retraso mental. Al contrario, la posible supervivencia de este niño hasta aproximadamente los 10 años de edad es significativa. Las deformaciones craneoencefálicas que presenta pudieron ser la causa de algún tipo de retraso psicomotor por lo que tuvo que recibir cuidados especiales, además de los propios de la infancia. Nuestros antepasados no eran seres insensibles. Cuidaban de los suyos, aunque los mismos nacieran «diferentes».

Pero, frente a esta maravillosa muestra de la grandeza humana, son muchos los ataques históricos a la dignidad de estas personas. Por ello se habla del modelo eugenésico de acercamiento a la discapacidad como el de la antigüedad clásica. Este modelo consideraba que el nacimiento de un niño con discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres lo que unido a la idea de que la vida de una persona con discapacidad no merece la pena ser vivida, sumada a la consideración de estos niños como carga, nos llevaba al infanticidio de los mismos.

Estas tendencias eugenésicas han sobrevivido hasta nuestros días y no como un ejercicio puramente académico. Aunque solemos identificar el mismo con la Alemania nazi ni su origen, ni su mayor duración e incidencia, hacen que podamos considerar este país como el principal representante. Si indagamos en los orígenes de estas prácticas en la sociedad contemporánea podemos indicar que, en una fecha tan temprana como 1898 el estado norteamericano de Michigan dictó un decreto de esterilización eugenésica que disponía la castración de los internados en el Asilo para Débiles Mentales de dicho estado. En 1905 se establecía la esterilización en estos casos en Pensilvania. A partir de ahí, entre 1911 y 1930, se aprobaron en 24 estados leyes de esterilización dirigidas a diversos «inadaptados» sociales: retrasados mentales, criminales y enfermos mentales. Muchas de estas leyes, unas se utilizaron otras no, siguen estando vigentes aún hoy. Esta filosofía se reflejaba con la famosa frase del Juez del Tribunal Supremo norteamericano Holmes (considerado el jurista anglosajón más famoso de todos los tiempos) para justificar la eugenesia: *«tres generaciones de imbéciles son suficientes»*.

Pero no solo en EEUU. Canadá llevó a cabo miles de esterilizaciones forzosas hasta los años 1970. Suecia esterilizó por la fuerza a 62.000 personas, principalmente enfermos mentales como parte de un programa eugenésico que duró 40 años (el gobierno sueco ha indemnizado posteriormente a los afectados.) Aparte de los programas a gran escala de los Estados Unidos, otros países como Australia, el Reino Unido, Noruega, Francia, Finlandia, Dinamarca, Estonia, Islandia y Suiza llevaron a cabo programas de esterilización de personas declaradas deficientes mentales por el estado.

Con estos precedentes, que deberemos recordar luego al hablar del aborto o de la esterilización, no es de extrañar que la Convención haya tenido un especial cuidado en despejar estas cuestiones. Por otro lado, lo que hace la Convención no es más que declarar de forma expresa para las personas con discapacidad los que son derechos internacional y constitucionalmente establecidos para todo ser humano.

Así el artículo 14 dispone:

«1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado.»

2.– Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.»

Nos encontramos aquí con dos cuestiones fundamentales: el sometimiento a tortura u otros tratos o penas crueles y degradantes y la realización de experimentos científicos o ensayos clínicos sin el consentimiento del enfermo.

Empezando por el tema de los ensayos clínicos por ellos podemos entender toda evaluación experimental de una sustancia o medicamento a través de su aplicación en seres humanos orientada a poner de manifiesto sus efectos o recoger datos de referencia, establecer su eficacia para una indicación terapéutica, profiláctica o diagnóstica determinada, o conocer el perfil de sus reacciones adversas y establecer su seguridad en definición del artículo 1 del Real decreto 561/1993 de 16 de abril que los regula desarrollando la Ley del Medicamento de 20-12-1990.

Existen dos clases de experimentación:

- La terapéutica que consiste en la aplicación a determinados pacientes de tratamientos cuya eficacia no ha sido todavía plenamente contrastada desde el punto de vista científico, y que, por tanto, no se han incorporado a la medicina como remedios terapéuticos reconocidos.
- La no terapéutica o pura, en la que la investigación se realiza en individuos sanos, con un objetivo puramente científico.

En el caso de la realización de estos ensayos con incapaces se establecen una serie de limitaciones y cautelas de las que podemos destacar las siguientes tal como dispone el Artículo 6-3º del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Consejo de Ministros Europeo el 19 de noviembre de 1996:

- Que los resultados previstos en el experimento supongan un beneficio real y directo para la salud del incapaz. Excepcionalmente podrá prescindirse de este requisito en el caso de que el experimento tenga por objeto, mediante una mejora significativa del conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno o que presenten las mismas características, siempre que el experimento sólo represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo.
- Que el experimento no pueda realizarse con eficacia comparable en sujetos capaces.
- Que el incapaz no exprese su rechazo al mismo.

El Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero regulador de los ensayos clínicos, regula los realizados en personas incapacitados en el artículo 5 de la siguiente forma:

«Artículo 5. De los ensayos clínicos con adultos incapacitados.

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales establecidas en el art. 3, solo se podrán realizar ensayos clínicos en adultos que no estén en condiciones de dar su consentimiento informado y que no lo hayan dado con anterioridad al comienzo de su incapacidad, cuando se cumplan, además, las siguientes condiciones especiales:

- a) Que los ensayos sean de interés específico para la población que se investiga, y dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación. Además, la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca el adulto incapaz, y que ésta le debilite o ponga en peligro su vida.*
- b) Que el bienestar del sujeto prevalezca sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, y existan datos que permitan prever que reporta algún beneficio al paciente que prevalezca sobre los riesgos o no produzca ningún riesgo.*
- c) Que el consentimiento informado se ajuste a lo especificado en el art. 7.3. En todo caso, los sujetos no deben haberse negado a dar su consentimiento informado con anterioridad al comienzo de su incapacidad.*
- d) Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en la enfermedad en cuestión o que haya recabado asesoramiento de este tipo de expertos sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la enfermedad y del grupo de pacientes afectado».*

El consentimiento se presta en estos casos por el representante legal del incapaz, con la participación de este en cuanto sea posible, pero carece de cualquier posible control institucional ya que, frente a lo que ocurre en el caso de los menores y también se daba en la anterior regulación, no impone la obligación de comunicar el ensayo al Ministerio Fiscal. No obstante, nosotros creemos que si llegará al Juez o al Ministerio Público el conocimiento de la realización de estos ensayos en condiciones de perjuicio a la persona discapacitada sin capacidad de consentimiento podrá actuar utilizando la vía del 158-4º y 216 del CC.

En esta materia nos cabe una última reflexión: ¿la literalidad de la Convención impediría todo ensayo en el caso de imposibilidad de prestar el consentimiento de forma personal por el incapacitado? ¿Es posible aquí la utilización del consentimiento por representación? Aunque es un tema abierto en el que yo creo que el concepto de mayor interés del discapaz tiene mucho que decir, lo que está claro es que la Convención pretende la existencia de un cierto control y garantías que impidan la afectación de la dignidad y la integridad de la persona discapacitada. Pero si no damos la opción de que los órganos de justicia puedan conocer de la realización del ensayo, si no se exige autorización judicial al representante y no se comunica al Fiscal la práctica del ensayo ¿cómo se puede controlar la existencia de intereses ajenos a los del discapaz? Entiendo que si verdaderamente queremos respetar la Convención manteniendo la posibilidad de la realización de estos ensayos (muchas veces imprescindibles para obtener soluciones para el propio incapaz) debe volver a aplicarse en estos casos el mismo sistema que para los menores en los que se exige la puesta en conocimiento del ensayo con menores del Ministerio Fiscal porque ¿no estaríamos en otro caso ante un tratamiento diferenciado en dos sujetos carentes de capacidad?

Un segundo aspecto que se encuentra a caballo entre los artículos que estamos comentando y el 2º apartado del artículo 14 es el de la problemática de las personas con discapacidad en los establecimientos penitenciarios ya que, por un lado, la pena no puede ser cruel ni degradante y, por otro, no puede suponer un trato desigualitario para los mismos. El principal problema a contemplar viene motivado fundamentalmente por la circunstancia de que en las prisiones no se cuenta con los programas de tratamiento adecuados para tratar la salud mental de estos internos, sin que la intervención de entidades privadas que están desarrollando programas dentro de las prisiones pueda paliar la deficiente situación. Estos programas llegan a un núcleo reducido de internos, quedando el resto sometidos al cumplimiento ordinario con el consiguiente fracaso del tratamiento al que son sometidos.

Con el tratamiento penitenciario que se dispensa a estos internos en el régimen ordinario, el cuidado de su salud mental es el menos óptimo, como lo demuestran las altas cifras de reincidencia, y se incumple por la administración penitenciaria la obligación que impone la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 36, 2, que contempla el deber de la administración de facilitar centros, diferentes de los de cumplimiento ordinario, en donde los penados aquejados de enfermedades puedan recibir el tratamiento adecuado.

Debemos tener en cuenta que el principio 20 de los adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 establece que

«1. El presente principio se aplicará a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuadas en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental.

2. Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 supra. Los presentes Principios se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias. Ninguna modificación o excepción podrá menoscabar los derechos de las personas reconocidos en los instrumentos señalados en el párrafo 5 del principio 1 supra.

3. La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica».

La propia directora general de Instituciones Penitenciarias, Mercedes Gallizo, ha reconocido que «es impropio que un discapacitado psíquico esté en un centro penitenciario. No es un lugar para ellos, es un mundo muy duro: al discapacitado se lo comen en tres ratos».

A pesar de ello, un discapacitado psíquico puede pasar meses en una enfermería de una prisión cualquiera, a cargo simplemente de un preso de confianza, y convivir cada día con los demás reclusos. La Fiscalía

General del Estado considera que la situación del enfermo mental en prisión es uno de los problemas más graves con los que se enfrenta el sistema penitenciario español.

La política criminal debe orientarse hacia una noción humanista y solidaria, que atienda al criterio de cada uno según sus necesidades, lo que significa que a los débiles, grupos minoritarios, pobres, drogadictos, extranjeros, enfermos mentales y a todos aquellos que de alguna manera se hallan en posición social desventajosa y son especialmente vulnerables, habría que hacer lo necesario para compensarles su desventaja.

Pero esto, en realidad, no es así. Nuestra actual política criminal radica en la persecución de la delincuencia habitual de baja intensidad olvidándose de los grandes delitos. Basta observar la población penitenciaria española. Es decir, la actual política criminal va encaminada a la pura y dura represión del pequeño delincuente. Pensemos en la presión de los juicios rápidos, dirigidos a perseguir esa pequeña delincuencia, en los Juzgados de Instrucción y en el empeño que los políticos que los crearon han puesto en ellos. Lo que se busca es disminuir la sensación de inseguridad y no el perseguir el delito. Esta presión como sabemos ha provocado que el tiempo para instruir delitos de cierta importancia haya disminuido colapsándose los Juzgados.

A pesar de lo dispuesto en la legislación penitenciaria (artículos 16, 36, 37, y 38 LGP y 183 a 191 RGP) no existen verdaderas unidades psiquiátricas penitenciarias en las prisiones de régimen ordinario, ni verdaderas actividades rehabilitadoras que incrementen las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y faciliten su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos. La realidad es que por la patente falta de medios las medidas de reinserción se han convertido en mero papel mojado. Todo esto hace que para muchas personas con discapacidad la estancia en prisión pueda suponer la aplicación de una pena que por su inútil capacidad rehabilitadora y por sus especiales dificultades puede transformarse en una pena cruel y degradante por lo que deben buscarse los mecanismos para que esto no sea así.

Como indica Carlos Ganzenmuller la reforma de la legislación Penitenciaria de aplicación a los internos con discapacidad es una cuestión prioritaria. La Ley General Orgánica Penitenciaria (L.O. 1/79 de 26 de septiembre), el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) deben recoger previsiones especiales para las reclusos con discapacidades, en consonancia con lo prescrito por la Convención.

El último aspecto que hemos reflejado es el de las sujeciones y contenciones mecánicas en los centros residenciales y de internamiento.

Sabemos que el manejo de los residentes con discapacidad, sobre todo si esta es psíquica, exige a veces métodos —que no medios terapéuticos porque no lo son— que pueden afectar directamente a derechos fundamentales de los mismos. Unas veces, los supuestos de agitación psicomotriz con riesgo de lesión provocan la necesidad de una actuación decidida. Otras, la simple administración de la medicación exige la contención del paciente.

Las indicaciones más habituales para la aplicación de estas restricciones físicas son evitar o reducir riesgo de caídas, evitar posturas anómalas, prevenir lesiones, potenciar terapias conductuales, o evitar el deterioro de las instalaciones. Estas sólo se han de utilizar como medida terapéutica valorando las indicaciones específicas, definiendo objetivos concretos, especificando la duración, con consentimiento de la persona, informando a la familia y con registro en la historia clínica. Antes de utilizarlas hace falta valorar las contraindicaciones y buscar formas alternativas de prevención de riesgos. No digamos nada de los importantes efectos negativos que pueden tener los regímenes de aislamiento que son vistos con desagrado por la Convención.

Por ello, estas medidas, deben contemplarse como medida excepcional, respetar la autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente.

Nuestra legislación no establece garantía alguna para la aplicación de estos mecanismos fuera de los que pudiéramos derivar de los derechos fundamentales. En principio parece que basta una mera buena praxis en su ejecución, por lo menos cuando estamos ante un caso puntual y reducido en el tiempo. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que cuando estos son excepcionales y por tiempo dilatado, es precisa la existencia de un plus de garantías dada la especial afectación de estas medidas a derechos de calado fundamental. Y ello porque sería paradójico que el tutor necesite autorización para, por ejemplo, vender un bien o tomar dinero a préstamo en nombre del pupilo y esta no sea precisa para estos otros actos que suponen una mayor relevancia y significado para la esfera jurídica personal del incapaz.

En este sentido, se manifiesta el artículo 219 de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio (Código de Familia) al establecer que *«la persona titular de la tutela necesita autorización judicial para (...) aplicar a la persona*

incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes. En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al Consejo de Tutela, si lo hay, la decisión adoptada en el plazo de 24 horas como máximo», existiendo abundantes casos en el derecho comparado, de exigencia de autorización judicial en estos supuestos.

Por otro lado, en algunas Comunidades Autónomas como la Andaluza, se debe tener en cuenta el artículo 34- 2º de la Ley 1/1999 de 31 de marzo de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía que indica que *«los usuarios de los centros residenciales y de día tendrán derecho a participar y ser oídos, por sí o sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención que han de recibir en ellos y que, en los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquella cuanto antes».*

Por todo ello, nosotros, a pesar de la no exigencia de la ley, creemos que, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés del discapaz y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida. Añadamos que la utilización de estos procedimientos de forma incorrecta atentan directamente contra la dignidad, la integridad e incluso la vida de la persona afectada.

Son muchos más los argumentos que podemos utilizar para defender nuestra postura. Por un lado, estas cuestiones han sido tradicionalmente denunciadas por el Defensor del Pueblo a partir de 1991 tras la realización de su informe sobre la situación jurídica y asistencial de los enfermos mentales en España, completado en 1996 con el relativo a la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos. Actualmente, y en el campo de los enfermos mentales, ha vuelto a incidir en la necesidad de autorización judicial en el informe que realizó al Ministro de Justicia sobre el tema de la enfermedad mental de fecha 11 de noviembre de 2005 dictado en el expediente 00411621. En todos estos supuestos desde el Defensor del Pueblo se consideró que la utilización de esos medios mecánicos de sujeción sólo excepcionalmente podía ser admitida, siempre y cuando que la ciencia médica no proporcionara otros mecanismos de naturaleza farmacológica, para paliar posibles comportamientos agresivos de los enfermos. En cualquier caso sería necesario una comunicación al juez competente, informándole de la prescripción médica que aconseja la aplicación de esos medios mecánicos de sujeción.

Estos derechos entendemos que no prohíben los tratamientos ambulatorios forzosos siempre que estos se realicen respetando los mecanismos de consentimiento informado comunes a todos los ciudadanos. Estos necesitan una continuidad y una cierta colaboración por parte del enfermo para llevarse a cabo y solamente pueden plantearse si el enfermo carece de capacidad para prestar su consentimiento informado ya que, en otro caso, debe respetarse su decisión. Al encontrarnos ante una enfermedad crónica e incurable, la falta de tratamiento incide de forma importante en la calidad de vida del enfermo. Este tema solo puede predicarse en el campo de las personas que han perdido su capacidad decisoria y fundamentalmente en el caso de los enfermos mentales que suelen carecer de conciencia de enfermedad y suelen estar desarraigados social y profesionalmente y muchas veces también familiarmente, creando importantes problemas de tensión y de violencia en su entorno íntimo. A esto se une la estigmatización de las enfermedades mentales y los importantes efectos secundarios de la medicación. En estas condiciones, la falta de colaboración con el tratamiento es casi lógica. Por ello, es habitual el preguntarse si es posible obligar al discapaz a someterse al mismo, incluso utilizando mecanismos de coerción para llevarlo a cabo.

Si bien la doctrina no es unánime varios son los argumentos que se dan para la admisión de su práctica. Así un importante sector doctrinal considera aplicable en estos casos de forma analógica la regulación existente en materia de internamientos, exigiendo, por ello, autorización judicial. El principal problema que esta solución plantea es el de que nuestra Constitución establece la necesidad de una ley específica que habilite al Juez para la afectación de derechos fundamentales como la libertad o la integridad física que se pueden ver afectadas por estos tratamientos y, al contrario que en el internamiento, en estos casos carecemos de dicha ley habilitante .

Con estos problemas, puede ser posible imponer estos tratamientos, si bien solo en el caso de que la persona afectada no se encuentre en condiciones de capacidad para prestar o no su consentimiento libre y vo-

luntariamente. Esto puede ser así ya que antes el artículo 211 CC y hoy el 763 LEC permite el internamiento que va dirigido a tratar médicamente a una persona mediante su ingreso obligatorio en un centro, con mayor razón quien puede lo mas, puede lo menos en dicción de la sentencia del TC (2ª) de 16 de julio de 2001 podrá establecer la obligatoriedad de un tratamiento que no precise para el mismo de la necesidad de la privación de libertad que supone el internamiento. Otra posición podría llevarnos al absurdo de tener que internar a una persona para poder aplicarle el tratamiento que necesita.

Ferreirós Marcos, por el contrario, se opone a esta posibilidad, al entender que es jurídicamente discutible ya que el órgano judicial se limita a autorizar una intervención sanitaria y la Administración Sanitaria no tiene conferida la potestad de aplicar tales tratamientos. En igual sentido, la STC 169/2001 de 16 de julio entiende que el razonamiento de que quien puede lo mas, puede lo menos tiene que aportar suficiente previsión normativa y que el hecho de que unas medidas puedan tener rasgos comunes no implica que los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento sean idénticos. Entiende este autor que esto no se da en estos casos en lo que hace referencia a la enfermedad mental, puesto que teniendo en cuenta que los internamientos son de corta duración, es muy discutible que el tratamiento ambulatorio dentro de la comunidad sea la alternativa menos restrictiva, dada su duración y el ataque que supone a la privacidad ya que tiene lugar en el entorno habitual del paciente. En estos casos, además, lo único que puede garantizar el Juez es que, si el enfermo no acude a las consultas, pueda ser conducido por la fuerza pública, para que el psiquiatra lo ingrese o le aplique el tratamiento adecuado. Debemos tener en cuenta, que estos sistemas solo sirven para el tratamiento con medicación, que es un componente importante del plan terapéutico global, pero no el único, siendo de difícil aplicación a los casos de psicoterapia fundamental en el tratamiento de la enfermedad mental.

Otro argumento a favor de la posibilidad de aplicar estos tratamientos se encuentra en la aplicación conjunta de los artículos 158 4º CC, aplicable a los incapaces según establece el artículo 216 2º del mismo cuerpo legal, y el 762 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite la adopción de medidas protectoras para la persona o los bienes del presunto incapaz. A través de esta vía podría imponerse un tratamiento contra o sin la voluntad de quién, debido a su falta de capacidad, no presta su consentimiento, siempre, naturalmente, que el mismo sea necesario en su interés. Lógicamente, no existe este problema de ausencia legal en aquellos tratamientos que puedan incluirse en los supuestos de la Ley Orgánica de 14 de abril de 1986 de medidas especiales en materia de Salud Pública, para los que si podemos entender que existe cobertura legal. Estos artículos pueden ser puestos en relación con el artículo 9 2º b) de la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente.

Las soluciones que apuntamos, si bien en la práctica se están utilizando con cierta asiduidad para solucionar un problema que generalmente nos preocupa a todos, no dejan de ser muy criticables desde el punto de vista de la necesidad de reserva legal que deben tener las instituciones que afectan a derechos fundamentales, según la Constitución y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos. Muchas veces lo que se está pidiendo por los familiares es que les ayuden a llevar a sus hijos a las consultas médicas necesarias para el seguimiento y dispensación del tratamiento ambulatorio dada la posible oposición de los mismos, incluso de forma violenta, provocada por su falta de capacidad. Esta necesidad ha provocado un interesante debate, en el que no podemos entrar, sobre la necesidad de reformar la ley y regular, de forma expresa, esta posibilidad. La Convención deberá estar presente en todo intento de reforma.

VII.— El artículo 10. Derecho a la vida.

La Convención incide en la importancia y trascendencia de este derecho declaración, dado el escaso valor que en algunas culturas se le otorga a la persona con discapacidad, y en relación a países cuya legislación autoriza cuando se diagnostica una discapacidad en el feto la práctica del aborto, aunque no se permite el aborto en el resto de las situaciones, creando así una situación de desigualdad y discriminación de la persona con discapacidad ante el derecho a la vida.

Si bien la Convención, como parte del sistema de Derechos Humanos, no aporta nueva luz respecto al caso de aborto eugenésico y la selección genética o embrionaria, sí parece acorde con la Convención que el caso de aborto eugenésico que «desvaloriza» al feto en función a su futura discapacidad, desaparezca en una futura revisión de la ley del aborto basada en plazos.

Esta regulación puede resultar discriminatoria para las personas con discapacidad, por lo que parece más acorde con la Convención el establecimiento de una ley de plazos en la que se eliminara esta referencia especial al llamado «aborto eugenésico».

Ana Peláez, vicepresidenta del Comité de la ONU para la Discapacidad, considera que si se opta por una ley de plazos no debe haber excepciones. La legislación actual contempla el aborto eugenésico hasta la semana 22. Este supuesto permite a la mujer abortar en ese plazo cuando un diagnóstico médico certifique que el feto padece graves taras. La normativa que prepara el Gobierno deja ese apartado tal cual, pero introduce un nuevo supuesto. Se legaliza el aborto sin límite de tiempo cuando el no nacido presente «malformaciones incompatibles con la vida». Quienes respaldan esta modificación sostienen que hay deformaciones congénitas que no es posible detectar hasta muy avanzada la gestación, y que países como Francia o Gran Bretaña incluyen este supuesto en sus legislaciones. Sin embargo, la llamada de atención de la vicepresidenta del Comité de la ONU para la Discapacidad no está carente de sentido. Si concedemos que la malformación permite crear un nuevo supuesto adicional para abortar, de alguna manera se está señalando a los discapacitados como seres menos valiosos que el resto y ello atenta frontalmente contra la filosofía de la Convención. La vida de alguien que padece deficiencias físicas o psíquicas tiene el mismo valor que la de cualquiera que no tenga esos problemas.

VIII.– Protección contra la explotación, la violencia y el abuso. Artículo 16.

El artículo 16 contempla un contenido de gran trascendencia para el Ministerio Fiscal ya que nuestra institución es uno de los puntales de la sociedad para la reacción ante la situación de abuso y violencia. Dice este artículo:

- «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.*
- 2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.*
- 3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.*
- 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.*
- 5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados».*

Estas situaciones se dan tanto en el ámbito residencial como en el ámbito privado y sus autores suelen ser los cuidadores de los ancianos. En cuanto a la transposición de la Convención a nuestra sociedad podemos resumirla con una mejora de los mecanismos de prevención, persecución y rehabilitación de estos casos.

En cuanto a los mecanismos de prevención deben aumentarse los controles que, desde el Ministerio Fiscal y los servicios de inspección, se realizan de forma periódica en los entornos residenciales, contemplando no solamente la superficie de las mismas si no incluso los propios esquemas organizativos .

Igualmente, hay que incidir en el entorno domiciliario a través de los mecanismos de coordinación con los servicios socio-sanitarios y sociales comunitarios que son los que poseen un primer acceso a las situaciones que se plantean. El control de los guardadores de hecho de los discapaces internados, siguiendo, en lo posible, el protocolo de la Fiscalía de Valencia, y un escrupuloso control de las tutelas también servirán para evitar estos abusos.

Para ello, sería conveniente el aprovechar la red que naturalmente está realizando las labores de protección de mayores y discapacitados en las distintas Fiscalías dándoles definitivamente un reconocimiento legal,

unificando mayores y personas con discapacidad y reforzándolas con el nombramiento de Fiscales Delegados y la formación de especialistas y asignando una plantilla adecuada y no meramente simbólica como ocurre en las mayorías de las Fiscalías.

En los campos de la persecución creemos que debería suprimirse la excusa absolutoria por parentesco en los delitos económicos del artículo 268 CP en los casos en que la víctima fuera persona con discapacidad, anciano o persona especialmente vulnerable²⁹. Igualmente, deberían modificarse los delitos de abandono para que no se pudiera interpretar exigiendo el peligro concreto y pudieran perseguirse a quien abandona a un discapaz aunque lo haga en un centro hospitalario o residencial donde pueda ser atendido inmediatamente.

Decimos esto por ser mayoritario el sector doctrinal que considera más razonable exigir para la consumación el efectivo abandono, que refleja el momento en el que empieza la lesividad material del hecho. Se transforma, así, en un delito de resultado en el que se prohíbe el hecho del abandono causado por cualquier medio, activo u omisivo. Nosotros creemos, a pesar de no ser la postura mayoritaria de la doctrina como ya hemos indicado, que nos encontraríamos ante un delito de omisión pura de garante y de peligro abstracto que no exige que el incapaz se vea en una situación real de desamparo, lo que diferencia el hecho típico básico y el agravado por razón del autor del agravado establecido en el artículo 229-3º que castiga el hecho si ese peligro es concreto. Así lo protegido son los derechos del incapaz de integración en el propio grupo al que pertenece y la salvaguarda de su incolumidad en el mismo. Según esto, sería indiferente el que se dejara al discapaz bajo la tutela de un establecimiento público donde tendría mejores condiciones de asistencia, dándose la conducta típica incluso en este caso, lo que se apoya también con la existencia del artículo 231 CP que no excluye la responsabilidad criminal en estos casos. A pesar de lo dicho, un sector doctrinal entiende que el delito es impune en el caso de que el incapaz se abandone entregándolo a otras personas con las que mejore su situación económica o su seguridad, bien por la exclusión de la tipicidad o bien por la existencia de una causa de justificación. No obstante, esta afirmación entiendo que debe ser acogida con cautela y ello porque mantiene un criterio de bienestar excesivamente economicista, olvidando que, muchas veces, el bienestar del anciano está en su propio entorno. Por ello entiendo que es más razonable el que sean los Tribunales los que valoren la causa concreta, a través del enjuiciamiento y, en su caso y cuando concurren, la apreciación de una causa de justificación con la conveniente prueba de esta por el que la alegue y con los efectos, en cuanto a responsabilidad civil, que correspondan a la misma. Otra solución justificaría todo abandono del discapaz en una institución pública o en manos de un cuidador temporal, sin consecuencia alguna para el guardador que lo realice.

Por último, en lo que hace referencia al campo penal creemos que debe introducirse la protección de los ancianos en los diferentes mecanismos que se han habilitado para la violencia de género empleándose para el apoyo, prevención y rehabilitación de las personas con discapacidad con independencia de su sexo y de la relación que tengan con el autor del abuso.

En el campo civil, creo conveniente legitimar al Ministerio Público para la presentación de demandas de alimentos en los casos en que los ancianos, aun conservando su capacidad, estén en una situación de especial vulnerabilidad.

Estas leves reformas nos permitirían desde el campo de la Fiscalía incidir en el cumplimiento de los fines que la Convención pretende con este artículo.

IX.— Respeto del hogar y de la familia. Artículo 23.

La vida familiar es fundamental para el desarrollo humano. Difícilmente una persona con discapacidad será igual que las demás si no posee potencialidad para el desarrollo de una vida familiar plena.

Pero la persona con discapacidad es, a veces, muy complicado que pueda tener una vida autónoma por sí sola, precisando de ayudas y apoyos para ello. Eso hace que, muchas veces, exista la tendencia de un excesivo proteccionismo que nos lleva a limitar el derecho de estas personas a acceder a una vida familiar plena. El artículo 23 de la Convención busca garantizar que esto no tenga lugar al exponer:

«1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

²⁹ Esto se ha hecho al fin con la reforma del Código Penal de 30 de marzo de 2015.

Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar».

Entiendo que, en esta materia, además de modificar algunos aspectos de la regulación legal, lo que hay que hacer es cambiar muchos de los prejuicios y fomentar apoyos en la práctica para llevar a cabo lo dispuesto por la Convención.

El Código Civil en su artículo 56 establece los mecanismos para acreditar que el incapaz, a pesar de la sentencia de incapacitación, tiene capacidad natural suficiente para entender lo que supone el matrimonio y poder decidir sobre su celebración o no. Si la capacidad natural existe, el discapaz contraerá matrimonio por su propia voluntad, en caso contrario no podrá hacerlo. Pero, la eliminación de la posibilidad de contraer matrimonio no viene por el hecho de la discapacidad si no por la imposibilidad de prestar el consentimiento de forma válida.

Es la falta de aptitud mental la que da lugar a la inexistencia del matrimonio. El artículo 56 CC impone al Juez exigir dictamen médico sobre la aptitud mental para prestar el consentimiento antes de autorizar un matrimonio, si existen dudas de la capacidad de alguno de los contrayentes.

De un estudio de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto podemos obtener las siguientes conclusiones:

- El artículo 56–2º CC hace depender la validez del matrimonio de la capacidad natural concreta en orden a prestar el consentimiento y por ello es admisible el matrimonio en intervalo lúcido. No importa, pues, que el contrayente esté incapacitado o sea tan sólo incapaz según conste al Encargado del registro civil tras la audiencia en el expediente.
- La regla general es la de que los incapaces pueden contraer matrimonio, salvo que se demuestre su incapacidad para este acto. (Resolución DGRN de 1 de diciembre de 1987). En caso de duda sobre la capacidad de los contrayentes deberá autorizarse el matrimonio (Resolución DGRN de 12 de marzo de 1994).
- El dictamen médico – que debe ser realizado por un Médico Forense– no vincula al Encargado (Resolución DGRN de 1 de diciembre de 1987), ni prejuzga la suerte de la acción de nulidad posterior.

- Es nulo de pleno derecho el matrimonio si no media la capacidad natural para consentir. Esto significa que puede impugnarse por cualquier persona, en cualquier momento, sin que sea posible la confirmación del acto por la mera convivencia.
- Para la Resolución DGRN de 18 de marzo de 1994, incluso el incapacitado total por sentencia puede testar o contraer matrimonio, con las garantías legales exigidas en cada caso, sin necesidad de que sea previamente modificada la sentencia de incapacitación. La sentencia de incapacitación, por lo tanto, no determina por sí misma la ausencia de capacidad matrimonial, ya que es posible que la deficiencia mental no se manifieste en materia de consentimiento matrimonial, tan solo constituye una presunción iuris tantum de incapacidad que hace necesario el examen médico del contrayente a fin de determinar su discernimiento. Sigue la DGRN en este punto la opinión de un importante sector de la doctrina que considera que negar, en principio, la aptitud mental de los incapacitados para el matrimonio, sin constatar su discernimiento, supone crear un impedimento no establecido por la ley y una restricción al derecho al matrimonio contraria a la voluntad del legislador.

Por todo ello, creemos que nuestro derecho respeta en este punto la Convención.

La regulación de la esterilización de las personas incapacitadas que se recoge en nuestro Código Penal es uno de los puntos más conflictivos de nuestra regulación ya que puede chocar con el derecho de la persona con discapacidad a una paternidad responsable.

La base fundamental para considerarla prohibida por la Convención, reside en la irreversibilidad de la intervención y la imposibilidad de sustituir la toma de decisión de la persona con discapacidad por la de otro, cuando el derecho a la fertilidad se le reconoce expresamente, en las mismas condiciones que los demás.

Pero, por otro lado, la esterilización es un medio anticonceptivo que también puede ser utilizado por la persona sin discapacidad y, por ello, la posibilidad de su realización no es discriminatoria por sí. Pero lo que no puede admitirse es la práctica de la misma sin el consentimiento del afectado y por intereses ajenos a los de este.

Otra cosa es si se considera una medida excepcional, sujeta a autorización judicial como forma de consentimiento sustitutivo, en exclusivo interés de la persona incapacitada, con grave deficiencia psíquica y siempre que no haya otra alternativa menos radical e irreversible. Además existen situaciones en que el embarazo puede constituir un peligro para la salud e integridad física y psíquica de la persona con discapacidad.

La regulación existente en nuestro derecho de esta materia no parece alejarse de esta idea básica, si no que estamos ante una salida jurisdiccionalmente tutelada dirigida a proteger a la persona incapacitada frente a posibles prácticas de aislamiento o incluso graves prácticas de intervención sobre su integridad personal o moral, que si no la regulamos provocaría en la persona incapacitada una situación de mayor vulnerabilidad, ya que cuando no estuviera en condiciones de prestar su consentimiento para la operación se rompería la finalidad última de la norma.

Veamos la regulación que de la misma se da en nuestro ordenamiento, ya que entendemos que reúne los requisitos necesarios para poder considerarse que se mueve dentro de los parámetros establecidos por la Convención. En este aspecto hay que recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994 de 14 de Julio, que refleja la misma como un derecho del incapaz, y no de ninguna otra persona – evitar la preocupación de los padres por el embarazo, por ejemplo–, ni de la sociedad – con fines eugenésicos–. Por ello, solo debe concederse en «*mayor interés del incapaz*», sin que deba tenerse en cuenta, por ejemplo, el de los herederos del mismo. El TC también tiene en cuenta el interés del posible hijo, al que el incapaz no podría cuidar.

Sorprendentemente, esta posibilidad se encuentra prevista en el Código Penal – Art. 156– como causa de exención de la punibilidad de las lesiones, recogiendo este artículo el marco procedimental aplicable. A pesar de ello, no podemos olvidar que nos encontramos en una cuestión de carácter civil y no penal, y, como indica algún autor, los principales problemas que se derivan de la misma se deben a esta incorrecta ubicación. Así se dice que la configuración nos hace cuestionarnos si la no penalización de la esterilización supone la existencia de un derecho a la misma. La Circular 1/91 de la Fiscalía General del Estado y la STC mencionada configuran la misma como un derecho del incapaz necesario para su integración personal y el desarrollo de su personalidad, incluida la faceta sexual, en un plano de igualdad con las demás personas.

Por lo dicho anteriormente solo se debe practicar si no hay otro medio de que el incapaz pueda ejercer su sexualidad sin problemas. No sería lógico privar al discapacitado del ejercicio de una sexualidad que, como

faceta constitutiva de la persona, es necesaria para su realización como tal. Lo que se busca es que su empleo no sea traumático.

Para poderse autorizar la esterilización se requiere:

- 1.–Padecer una deficiencia o minusvalía psíquica como condición necesaria pero no suficiente, debiendo ser de las que dan lugar a incapacitación legal y no cualquier otra.
- 2.–Dicha deficiencia ha de ser «grave». Esto da lugar a problemas interpretativos. Por un lado, debe ser bastante para que se declare la incapacitación. Por otro, debe ser tan débil que permita ejercer la sexualidad ya que, en otro caso, carece de sentido la esterilización. La gravedad, por ello, debe referirse a aquella que impida al incapaz comprender lo que es la esterilización, tal como refleja la STC. Entendemos que si el incapaz tiene discernimiento suficiente para prestar su consentimiento – tenga sentido para entender lo que supone la esterilización– no es precisa la autorización, lo que deberá tenerse muy en cuenta en el caso de los sometidos a curatela. En este caso habrá que estar a la sentencia de incapacitación ya que el Juez podrá entender en la misma que el incapaz no pueda decidir sobre este tema, pudiendo solicitarlo el curador. Esto presenta el inconveniente del abuso judicial de las sentencias tipo al determinar el alcance de la incapacitación.

Debe buscarse la posibilidad de otros medios, menos traumáticos, de contracepción antes de la esterilización. Descartado el aborto por ser mas traumático y posterior a la concepción si cualquier otro sistema es factible debe seguirse este. Factible no solo médicamente, sino que el incapaz dado su grado de discernimiento pueda seguir por si solo, y no si necesita un control constante por parte de sus guardadores.

- 3.–Es competente el Juez de 1ª instancia del domicilio del incapaz, dentro del mismo procedimiento de incapacitación o en procedimiento de jurisdicción voluntaria independiente.
- 4.–La solicitud debe hacerla el representante legal del incapaz. Es decir el padre, el tutor y entendemos que también el guardador de hecho al que, de acuerdo con el artículo 304 CC se le permite realizar cuantos actos redunden en interés del incapaz, si bien esta ultima posibilidad es rechazada por la mayoría de la doctrina. No podrá hacerlo nunca el Ministerio Fiscal ya que la ley trata de excluir la intervención estatal en la materia. Lo único que podrá hacer el Fiscal es tratar de dotar a esa persona de representante legal lo antes posible.
- 5.–Se requiere el dictamen de dos especialistas. Lo idóneo seria que informara un urólogo o ginecólogo – dependiendo del sexo– sobre la existencia de capacidad para procrear – puesto que, en otro caso, la esterilización seria innecesaria–, la conveniencia del método propuesto frente a otros métodos anticonceptivos, riesgos de la intervención y posibles consecuencias negativas de la operación para la salud; y un psicólogo o psiquiatra sobre la gravedad de la deficiencia psíquica para comprender la esterilización y para asumir el cuidado de la descendencia y el riesgo que una hipotética concepción y embarazo pueda suponer para la estabilidad psíquica de la incapaz. La doctrina entiende que serían convenientes otros informes de asistentes sociales sobre el entorno social y forma de vida del discapaz y ello porque habrá que tener en cuenta la edad, personalidad, comportamiento sexual, etc... No es lo mismo un incapaz con personalidad retraída que no sale de casa y no muestra interés por los temas sexuales, que otro que carece del adecuado control y muestra un comportamiento sexual desinhibido.

- 6.–El Juez debe explorar por sí mismo al incapaz para comprobar su postura sobre el tema y la mayor o menor fiabilidad de la misma.

- 7.–Se necesita audiencia del Fiscal como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales del incapaz.

Practicadas estas pruebas si la esterilización no está clínicamente desaconsejada, no se puede acudir a otra solución y hay riesgo de embarazo no deseado que repercuta gravemente en la dignidad y el desarrollo personal del incapaz, debe concederse la autorización, negándola en otro caso.

Creemos que estos parámetros son respetuosos con la Convención.

En esta materia de la paternidad responsable también es necesario hacer referencia a la problemática del aborto en los casos de mujer con discapacidad embarazada. El legislador ha trasladado, en los casos especial-

mente previstos en la ley como permitidos, a la mujer la decisión última sobre la continuación o no del embarazo exigiendo el consentimiento de la misma, lo que es notorio que no existe en la mujer incapacitada. Solo la mujer que esté en condiciones de valorar el alcance de la práctica del aborto, según criterio del médico, podrá prestar este consentimiento. Deberá entender que el mismo se trata de una intervención en su propio cuerpo y de la destrucción de la vida del feto.

Frente a otras opiniones, nosotros entendemos con Ocaña Rodríguez que el consentimiento prestado por una menor o incapaz no es de por sí inválido. Habrá que estar a la capacidad natural de juicio y a la comprensión del alcance del acto de la misma y, solo si esta no existe, serán los padres o tutores los que deberán prestar su consentimiento teniendo en cuenta únicamente el interés de la incapaz y no sus propias convicciones o ideología.

En el caso de que el médico considere que la postura de los representantes legales no se basa en los intereses de la incapaz, deberá acudir al Juez por poder encontrarnos en un caso de abuso en la postura de estos. Romero Malanda entiende que la incapaz o menor tendría una especie de veto frente a la voluntad de los padres, en respeto del desarrollo de su personalidad, cuando el aborto no se encuentre en el supuesto de indicación terapéutica, si bien en este caso debe decidir la autoridad judicial para evitar que la menor funcione de acuerdo con una concepción idílica de la maternidad o, aún teniendo suficiente capacidad, exista un riesgo importante para su vida o su salud que hace que pudiéramos encontrarnos ante una «*decisión errónea*» de la incapacitada. Solo en el caso de urgencia vital para la gestante podrá el médico actuar sin necesidad de consentimiento alguno. Si no existe esta urgencia entraríamos en el campo de la necesidad de consentimiento por sustitución, ya que el derecho debe proveer de los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad de obrar de acuerdo con el artículo 12 de la Convención.

Actualmente, la ley no prevé la necesidad de autorización judicial. Como en parte ya hemos visto, nosotros creemos que la misma, al menos en los casos en que el consentimiento se preste por los representantes legales de la incapaz y la opinión de esta sea contraria a la de sus representantes, no está de más. El problema se encuentra en cuál es el procedimiento para obtener dicha autorización. Hoy solo podemos acudir a la aplicación del artículo 273 CC que es todas luces insuficiente, ya que son muchos los casos en los que el problema se plantea. Como podemos comprobar dicho artículo hace referencia a los dos artículos anteriores en los que no se menciona el aborto. Entendemos que el artículo anterior puede completarse, por ello, como ya hemos indicado para otras cuestiones, por el juego del artículo 158-3º CC aplicable a los incapaces según establece el artículo 216-2º del mismo cuerpo legal. El acudir a la autorización judicial solo sería necesario si existe un conflicto de intereses entre la opinión de la incapaz y la de sus representantes legales, como forma de comprobar que los representantes legales no se mueven por intereses que se alejan del de la mujer incapaz y para valorar el alcance de la capacidad natural de esta.

Indudablemente, la ley debe reformarse para aclarar estos puntos estableciendo expresamente quien debe prestar el consentimiento en estos casos, en cuales es preciso la autorización judicial y la determinación de los mecanismos de urgencia necesarios para llevar a cabo esta autorización y las pruebas que deban utilizarse. La actual reforma de la Ley del Aborto es un buen momento para adaptar en este punto nuestro derecho a la Convención.

Un último aspecto a contemplar en este apartado es el de la posibilidad de participación de los discapaces en las llamadas Técnicas de reproducción asistida. Reguladas en la Ley 126/2006 de 27 de mayo podemos contemplarlas desde dos puntos de vista.

Por un lado podemos preguntarnos si el discapaz puede ser donante de gametos. A este respecto el artículo 5-6º de la ley es claro. El mismo exige para poder realizar dicha donación mayoría de edad y plena capacidad de obrar lo que supone que tanto el que carezca de capacidad natural como el incapacitado que posea alguna capacidad de obrar limitada está excluido de esta posibilidad de donación. Es curioso el hecho de que la Ley 42/1988 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, en su artículo 2-b permita la donación con la existencia de capacidad natural y consentimiento de sus representantes legales. No pueden donar gametos, ni preembriones, pero si embriones y fetos lo que carece completamente de sentido y de razón alguna.

Por otro, los mismos requisitos se exigen en el artículo 6-1º para ser usuaria de estas técnicas. No deja de ser paradójico que una incapacitada con madurez suficiente pueda casarse y tener hijos naturales pero se le vede el acceso a estas técnicas en caso de ser necesarias. Por el contrario, la Ley 42/1988, antes citada, en su

artículo 4 permite que el receptor de estos materiales embrionarios o fetales pueda ser un incapacitado enfermo con el consentimiento de sus representantes legales y, en su defecto y en caso de urgencia, de los allegados familiares presentes, sin duda por el hecho de que ello va en su beneficio.

Creemos que en las paradojas antes expuestas, lo que subyace es la atávica idea de la posible transmisión de la deficiencia y de la imposibilidad de estas personas de ejercer una paternidad responsable más que un problema de validez del consentimiento. No olvidemos que se habla de «*capacidad de obrar plena*» por lo que se excluyen los casos de incapacitados parciales que pueden tener capacidad suficiente para entender lo que supone la aplicación de la técnica y del ejercicio de la paternidad. Estamos por ello ante una disposición completamente contraria a la Convención que debe ser modificada.

X.– Derechos de libertad y autonomía personal.

Se reúnen aquí varios derechos y medidas encaminados a garantizar la libertad y la autonomía personal de las personas con discapacidad. Afecta esto a múltiples aspectos entre ellos el derecho a la residencia y a la libertad de movimientos que interfiere también en el caso de los ingresos residenciales que ya hemos visto.

El derecho a la libre elección, dentro de las posibilidades de decisión, debe ser determinante en los internamientos, donde el derecho de audiencia, el derecho de defensa y la resolución tomada en exclusivo interés de la persona con discapacidad, deben garantizarse sin cortapisas. Ya hemos visto como estos derechos se encuentran suficientemente garantizados en el derecho español, si bien una, a nuestro juicio, incorrecta tendencia jurisprudencial está limitando dichas garantías. Una reforma legal que aclare las dudas existentes al respecto terminaría con la polémica. Gonzalo López Ebri, Fiscal de Valencia, ha elaborado un proyecto al respecto que nos puede servir de punto de partida.

El artículo 19 de la Convención establece:

«Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades».

Estos artículos obligan a la extensión de los servicios de atención de la persona con discapacidad en su entorno, así como a la implantación del principio de vivir en su propio domicilio. En esta materia tiene mucha importancia una adecuada política de accesibilidad. En el ámbito del derecho privado disponemos de alguna normativa que ya va encaminada a favorecer esto.

Así el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal se modifica en el sentido de que sus párrafos 2º y siguientes quedan redactados de la siguiente forma:

«2. Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.

3. Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.

4. En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley.

5. Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y accesibilidad a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales».

El artículo 11-3º LPH establece:

«Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedara obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

Por último, la norma 1ª del artículo 17 LPH dispone que *«sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».*

Hemos de decir que la limitación a tres mensualidades puede suponer una dificultad para el ejercicio de estos derechos por lo que debería calibrarse las cantidades para facilitar dicha accesibilidad.

XI.- Derechos relativos a la integración social y política.

La consideración de la persona con discapacidad como un bien social, desde su completa integración social y política, es uno de los postulados más firmes de Convención. La tendencia contraria ha provocado su invisibilidad y su total falta de participación en todos los sectores de la sociedad. No podemos tratar, dados los límites de este trabajo todos los aspectos relativos a esta materia pero si queremos tocar alguno.

El artículo 29 de la Convención hace referencia a la participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones incluso como electores y como elegibles en las elecciones políticas. Para ello la Convención establece las siguientes reglas:

«Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar (...).».

Lo primero es que se deben crear mecanismos que permitan el voto con el apoyo necesario de las diferentes personas con discapacidad.

Entendemos que debe revisarse el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General que impone la necesidad de que la sentencia de incapacidad o el auto de internamiento psiquiátrico, en su caso, recoja expresamente si la persona posee o no capacidad suficiente para ejercer su derecho de sufragio activo que en principio no se ve afectado por la existencia de una sentencia de incapacidad. Para ello el párrafo segundo de dicho artículo establece la obligación de que los Jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deben pronunciarse de forma expresa sobre la incapacidad para el derecho de sufragio en el caso concreto.

Esto supone una evidente discriminación para el incapacitado al que se le priva del derecho de voto, muchas veces de forma automática, hecho a lo que algunos familiares achacan la poca atención y sensibilidad

de los órganos políticos con estos ciudadanos. Gutiérrez Calle afirma que el derecho al voto es un acto personalísimo como el matrimonio y el testamento y que, al igual que en estos, debe arbitrarse un procedimiento legal que permita el voto del incapaz en el caso de encontrarse con capacidad suficiente para emitirlo en el momento concreto de la votación. Y ello porque no es lógico la privación a priori de un derecho fundamental como es este por lo que, de acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, debe interpretarse de forma extensiva. No se ha previsto la posibilidad de la existencia de intervalos lucidos lo que si se ha hecho en instituciones de igual o mayor importancia. Solo a través del procedimiento contradictorio de recapitación podría alterarse la resolución con los problemas que ello comporta. Por ello propone este autor que se establezca la posibilidad de que la Mesa Electoral en el momento de la votación, y de forma independiente de la privación o no por sentencia, valore la posibilidad de emitir el voto. Se puede decir que los miembros de la mesa pueden carecer de capacidad para dicha valoración pero de igual forma personas sin preparación médica realizan todos los días dicha valoración sin problema alguno. No creo que sea descabellado el buscar un sistema para facilitar dicha posibilidad, como lo hay en otros casos.

Puede también establecerse que sea en el momento de exhibición del censo cuando pueda realizarse una valoración quizás más completa por las Juntas electorales.

Sin duda así debe ser, ya que el artículo 23-1º de la Constitución Española constituye el derecho de sufragio como universal, libre, igual, directo y secreto de todos los ciudadanos. La privación generalizada de las personas incapacitadas tal como se está dando ahora conculca, sin duda, lo establecido en la Convención.

XII.— Derechos laborales.

Hace ya tiempo que sabemos que la posibilidad de intervenir en la sociedad de un modo activo y útil es, sin duda, la mejor terapia de normalización y de integración social. La mejor forma de integración social y la mayor barrera contra la exclusión se encuentra en el acceso al empleo y en la autosuficiencia de recursos para subsistir. Una de las principales desigualdades con la que se encuentran las personas con discapacidad es, sin duda, esta ya que la realidad es que el paro afecta al 80% de los discapacitados. A pesar de la legislación que ha procurado incentivar la contratación de personas con discapacidad hemos de decir que esta ha fracasado siendo una de las principales asignaturas pendientes en la lucha contra la desigualdad.

Esta situación no se encuentra justificada. Se basa en una creencia errónea ya que los estudios efectuados al respecto, demuestran que el rendimiento en el trabajo de las personas con discapacidad es igual, si no mayor, que el de la población en general. Un alto índice de permanencia en el puesto de trabajo y un menor absentismo compensan con creces los temores de que es demasiado costoso atender las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Además en una sociedad en que la accesibilidad y el «*diseño para todos*» sea la regla los gastos para adaptar los puestos de trabajo a una persona con discapacidad son los mínimos. Lo que la Convención si nos va a exigir es el llevar a cabo una profundización en los mecanismos de ajuste razonable de los puestos de trabajo.

En nuestra legislación el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4 establece que los trabajadores no podrán ser discriminados por razón de sus disminuciones psíquicas siempre que estén en condiciones de *desempeñar el empleo de que se trate*. El mismo cuerpo legal en su artículo 7-2º-b indica que «*si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda está también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación*». Pero el contrato laboral tiene un carácter personalísimo, por lo que el tutor, por sí solo, no puede realizarlo. El incapaz, al igual que el menor, puede tener algún grado de discernimiento y, por ello, puede firmar su propio contrato, independientemente de lo que disponga la sentencia de incapacitación, ya que la existencia de esa capacidad es una cuestión de hecho. Si existió vicio del consentimiento, el contrato sería anulable a petición del incapaz o de su tutor, pero nunca del que contrato con él (Art. 1302 CC). Tengamos en cuenta que el contrato de trabajo supone la asunción de obligaciones cuyo objeto son prestaciones de carácter personal por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 in fine CC, exige el previo consentimiento del menor (lo que entendemos aplicable por analogía en el caso de los incapacitados) si este tuviere suficiente juicio. La nueva concepción de la capacidad de obrar que establece la Convención debe tenerse en cuenta en esta materia, unida a la exigencia de no crear desigualdades en esta materia. Debemos tener, en cuenta, aquí también nuestra legislación sobre igualdad de oportunidades.

XIII. El derecho a la salud.

La Convención reconoce el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Así se establece la obligación de adoptar medidas para asegurar el acceso a los servi-

cios de salud a precios asequibles, lo más cerca posible de sus comunidades, y de la misma variedad y calidad que a otras personas, sin discriminación ninguna en razón a su discapacidad.

Esta regulación significa que la discapacidad no puede ser causa de discriminación a la hora de recibir órganos o tratamientos por caros que estos puedan ser. Esta práctica la hemos detectado en diversas ocasiones y hemos tratado de luchar contra ella. Hoy la Convención nos lleva a un nuevo impulso, como nos lleva a empezar a andar un camino difícil hacia la base del arco iris donde se encuentra el caldero de oro de la verdadera igualdad entre seres diversos funcionalmente, pero iguales, muy iguales en integridad, dignidad y libertad. Ojala no nos perdamos en ese camino. Quizás nunca llegaremos. Pero cada pequeño avance será un éxito del ser humano en la búsqueda de su propia humanidad.

15.– LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS EFECTOS EN LA LEY DE DEPENDENCIA, IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y OTRAS MATERIAS RELACIONADAS.

15.— LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS EFECTOS EN LA LEY DE DEPENDENCIA, IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y OTRAS MATERIAS RELACIONADAS.

I.— Preambulo.

Los anteriores apartados de este trabajo coinciden con los del trabajo anterior.

II.— Exposición comparativa de la convención y de las leyes de igualdad de oportunidades y de autonomía personal 51/2003 y 39/2006 y algunos aspectos reformables.

Ya hemos indicado que la base de esta exposición es realizar un acercamiento a estas leyes a la luz de la Convención para ver si necesitan las convenientes reformas que las adapten a la misma. Es decir, que la evolución de nuestro derecho en el campo de la discapacidad hace que, a estos efectos, nos encontremos ante una situación inmejorable. Y ello porque nuestro derecho tiene ya gran parte de los rudimentos jurídicos necesarios para llevar a cabo los principios básicos contenidos en la Convención internacional. No podía ser de otra manera al haber incorporado nuestro ordenamiento jurídico el bloque de derechos humanos, del que emana y en el que se integra la Convención que no crea derechos si no mecanismos para garantizar su cumplimiento. Por ello lo que hace falta es cumplirlos y hacerlo, además, con convencimiento, sin medias tintas, y sin actitudes sobreproteccionistas que atentan directamente contra la dignidad de estos ciudadanos. Para ver esta relación veamos, en primer lugar, un grafico en que podamos observar la concordancia de la Convención con las leyes españolas.

	CONVENCIÓN	LINDAD 51/2003	LAPAPD 39/2006
Derechos e igualdad de oportunidades	1,5,12,16 a 30	1-1º	1-1º,4
Concepto persona con discapacidad o dependiente	1-2º	1-2º	26
Principios	3	2	3
Protección contra la discriminación	General	4,5,6,7	—
Medidas de acción positiva	5-4º	8,9	13
Accesibilidad	9	10, 2 c), 7 b)	Disp. Ad. 3ª
Ajuste razonable	2-4º	7 c)	—
Diseño universal	2-5º	2 d)	—
Sensibilidad y formación. Especialización profesional	13-2º, 1 i), 8	12	—
Participación de los afectados y sus familias. Legitimación de asociaciones	7-3º, 29, 34,19	15	41
Tutela judicial y arbitraje	13,14-2º,17	18,20	General

Si hacemos una lectura comparativa de dichos artículos podemos observar la similitud que se da entre los mismos.

En el caso, por ejemplo, de la «*accesibilidad*», el concepto se recoge en el artículo 9 del texto y que establece que «*A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar el acceso de las per-*

sonas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso se aplicarán entre otras cosas a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia»

La Ley de Autonomía Personal en su disposición adicional 3ª establece la necesidad de poner en marcha ayudas económicas para facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda.

Indudablemente, si se deniegan estas medidas apropiadas en el acceso al ejercicio de un derecho fundamental se estará incurriendo en una discriminación y por lo tanto vulnerando el derecho de igualdad de oportunidades, lo que esta explícito en el artículo 7 b) de la LIONDAU.

No obstante lo indicado, debemos tener en cuenta de que el ordenamiento español en materia de discapacidad es el resultado de una agregación sucesiva, mejor de una acumulación, de disposiciones, de muy distinto origen temporal y de muy distinto propósito. No hay un sistema ni un plan ordenado, armónico y concorde. No existe un sistema jurídico de la discapacidad lo que dificulta el estudio comparativo por existir incluso normas contradictorias.

Ahora bien, los valores, principios, conceptos y obligaciones que lleva consigo la Convención, ya forman parte, a grandes rasgos, de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro derecho positivo.

Eso no quiere decir que no sea necesario llevar a cabo reformas que blinden estos derechos de las personas con discapacidad, pero queremos insistir que, más que de normas, de lo que se trata es del desarrollo práctico de las mismas y de su aplicación de forma transversal en toda la legislación general.

Por ejemplo, será necesario introducir reformas en la regulación del acceso a bienes y servicios por parte de personas con discapacidad, en esferas en las que aún permanecen vestigios normativos que permiten o no evitan eficazmente la discriminación por motivos de discapacidad como son los casos de la contratación de seguros, acceso a transportes o a establecimientos públicos, etc...

También puede mejorarse en algo la legislación existente. Puede ser interesante disminuir los plazos máximos que la Ley 51/2003, establece para que todos los entornos, productos y servicios deban reunir las debidas condiciones de accesibilidad universal, para no resultar discriminatorios para las personas con discapacidad, regular normativamente las auditorías previas de accesibilidad, con objeto de que toda actuación, infraestructura u obra nueva (o remodelación de una preexistente), sea validada desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos de la accesibilidad y el diseño para todas las personas, lo que ahora no se hace ni siquiera en muchos edificios públicos.

Otro terreno en el que son precisas medidas legislativas de garantía, es el que concierne a las personas con discapacidad que desarrollan su vida en instituciones residenciales. La práctica nos demuestra que las formas de vida institucionalizadas, por ser entornos cerrados, son un importante caldo de cultivo para las violaciones o no respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Por ello creo que la Convención exige que se establezca un estatuto de las personas protegidas y se implementen los mecanismos de control (inspección y labor del Ministerio Fiscal), estableciendo un vigoroso régimen de protección jurídica de los derechos de las personas institucionalizadas que optaran por esta forma de residencia.

Necesaria sería también la especialización, de una vez por todas, de los órganos de la Administración de Justicia (Juzgados y Ministerio Fiscal) pero en este tema, por trillado, no vamos a entrar.

III.— Derechos de libertad y autonomía personal.

Veamos ahora algunos aspectos de la Convención que afectan a la garantía (no olvidemos que la convención no crea derechos si no que trata de garantizarlos) de la libertad y de la autonomía personal de las personas con discapacidad. Se incluye aquí aspectos ligados a la residencia del discapacitado y a la libertad de movimientos.

El derecho a la libre elección, dentro de las posibilidades de decisión, debe ser determinante en los internamientos, donde el derecho de audiencia, el derecho de defensa y la resolución tomada en exclusivo interés de la persona con discapacidad, deben garantizarse sin cortapisas. Estos derechos que contempla la Convención, están suficientemente garantizados en el derecho español, si bien una, a nuestro juicio, incorrecta tendencia jurisprudencial está limitando dichas garantías por lo que quizás sería conveniente una reforma legal aclaratoria. No obstante, la LPAPAD en su artículo 4-2º g) establece el derecho de la persona con discapacidad a decidir sobre el ingreso en centro residencial y el apartado h) el derecho al ejercicio pleno de los derechos jurisdiccionales en el caso de los internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio. No se distingue aquí entre el tipo de centro donde va a realizarse el ingreso.

El artículo 19 de la Convención a su vez establece:

«Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades».

Estos artículos obligan a la extensión de los servicios de atención de la persona con discapacidad en su entorno, así como a la implantación del principio de vivir en su propio domicilio. En esta materia tiene mucha importancia una adecuada política de accesibilidad en todos los edificios públicos y privados. En el ámbito del derecho privado disponemos de alguna normativa que ya va encaminada a favorecer esto.

Así el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal se modifica en el sentido de que sus párrafos 2º y siguientes quedan redactados de la siguiente forma:

«2. Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior; cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.

3. Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.

4. En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley.

5. Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y accesibilidad a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales».

El artículo 11-3º LPH establece:

«Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

Por último, la norma 1ª del artículo 17 LPH dispone que «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la

supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Hemos de decir que la limitación a tres mensualidades puede suponer una dificultad para el ejercicio de estos derechos por lo que debería calibrarse las cantidades para facilitar dicha accesibilidad. Por ello debe modificarse esta materia a fin de que el coste de las actuaciones y obras de accesibilidad sean asumidas por toda la comunidad de propietarios, y no en exclusiva por el vecino con discapacidad o mayor de setenta años.

Ésta es una de las discriminaciones de mayor incidencia en el bienestar de las personas con discapacidad, ya que les condena a una vida de encierro por lo que su modificación es urgente y necesaria.

El primer paso es la obligación de que toda nueva construcción sea ya accesible o fácilmente adaptable al acceso a las personas con discapacidad y el establecimiento de un régimen de subvenciones a la adaptación de edificios (ver artículo 10 LIONDAU).

IV.— Derechos relativos a la integración social y política.

Los últimos apartados de este tema ya lo hemos visto en el trabajo anterior.

16.– REALIDAD Y NUEVOS HORIZONTES DE LA GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS
CON AUTOGOBIERNO LIMITADO.

1.—Introducción.

Frente a lo que parece entenderse por cierto sector jurídico, la figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, por lo que no es arriesgado afirmar que la mayoría de los casos de protección se ejercen a través de esta figura. Por diversos motivos son escasas las incapacitaciones que se producen en la práctica por lo que la importancia de esta institución es innegable. Es precisamente antes de que se declare la incapacitación cuando la guarda de hecho alcanza su principal incidencia. Pero este no es su único campo de actuación porque, como veremos, también puede surgir en casos de desaparición del tutor o abandono del pupilo por el mismo. Incluso, algún autor se ha planteado, sobre todo en el caso de los ancianos ingresados en residencias, si en determinados supuestos se podría obviar el procedimiento de incapacitación permitiendo que la guarda del anciano se ejerciera a través de esta institución con el pertinente control judicial.

Ya hemos tratado las generalidades de la guarda de hecho en otros lugares.

8.— GUARDA DE HECHO Y LEY DE AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA.

La Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LPAPAD) ha sido recibida con satisfacción por muchos. A pesar de que la ley trata de cambiar el paradigma de la asistencia familiar a la dependencia profesionalizando e institucionalizando la atención a la misma, creo que la ley debe partir de las instituciones existentes y que continúen siendo válidas. Fomentándolas y dándoles virtualidad. Y, en ese sentido, la Ley de Dependencia no puede prescindir de una institución tan vital y de tanta implantación práctica como la guarda de hecho.

Pero en contra de dicha tendencia, el Libro Blanco de la Dependencia establecía como una de las consideraciones específicas para las personas con discapacidad y mayores de 65 años el impulso de la generalización de las instituciones tutelares, para que velen porque ninguna persona en situación de dependencia quede, en su caso, sin guarda legal, lo que parece excluir la guarda de hecho. No obstante, esto no tiene porque ser necesariamente así, ya que la guarda de hecho es una de las formulas previstas legalmente para la protección de las personas con discapacidad como lo demuestra su inclusión en el articulado del Código Civil. Como decíamos en otro lugar:

«Esta figura, que carece de definición en el Código Civil, supone simplemente la constatación de la existencia de facto de una actividad protectora, al que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que esta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dado los efectos jurídicos que provoca. Desde el momento en que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, es una guarda de derecho, pues este la contempla y regula, y que se caracteriza por estar desprovista de forma. Y ello porque la guarda de hecho no deja de tener importantes consecuencias jurídicas».

Además, no podemos identificar guarda de hecho con la labor de cuidado, es decir, con los llamados cuidadores informales. Como indica el Libro Blanco de la Dependencia la inmensa mayoría de las personas que necesitan cuidados los reciben a través del sistema informal de atención que se da dentro de la familia, cargando un peso abrumador, sobre todo, sobre las mujeres. Identificar cuidador informal y guardador de hecho con las responsabilidades que se derivan de esta podría arrojar un impacto de género de peor condición para las mujeres que asumen por condicionantes sociales esta labor, lo que sería una nueva forma de penalización a las mismas.

Como decimos ambas figuras no tienen por qué ser coincidentes, aunque lógicamente pueden serlo. Y no lo son porque la guarda de hecho, además de procurar la prestación del cuidado material por si mismo o por un tercero, realiza una labor de administración y gestión de bienes que la cuidadora puede o hacer o no. No deben, pues, identificarse jurídicamente ambas figuras sin crear problemas y confusiones de difícil solución práctica.

Queremos ahora dar unas ligeras pinceladas sobre la intervención que el guardador de hecho puede tener en los mecanismos establecidos en la Ley de Dependencia.

La LPAPAD establece en su artículo 4—2º j) que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a « *iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley (...). En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal*».

El artículo 28, a su vez, al regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, indica que el mismo se iniciará « *a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley*».

Es evidente, por ello, que estarán legitimados para poner en marcha los mecanismos de la ley el interesado (entendiendo por este la persona afectada por la dependencia) o persona que lo represente en el caso de que el mismo sea menor de edad o haya sido incapacitado y proveído de representante legal (tutoría o patria potestad prorrogada o rehabilitada).

El problema se presenta en los casos en que el dependiente no haya sido incapacitado, o habiéndolo sido carezca aún de representante legal. En estos casos deberá completarse la capacidad de la forma que veremos posteriormente, si bien podemos preguntarnos, asimismo, si será posible que la petición la presente el guardador de hecho por ir esta en beneficio del discapaz y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 304 CC. No vamos a insistir aquí en la problemática relativa al guardador de hecho que ya hemos tratado en otros lugares, pero si queremos dar una serie de ideas por las cuales entendemos posible la legitimación para estos casos del guardador de hecho.

Indudablemente, el interés de la persona incapaz de hecho dependiente se encuentra en que se valore su dependencia de forma ajustada y que se establezcan los mecanismos de atención adecuados para esa dependencia. Ese interés exige la máxima flexibilidad, lo que esta reñido con rigideces formales, por lo que si la petición se presenta por quien posee interés legítimo (y sin duda el guardador de hecho, generalmente un familiar directo cuidador, lo tiene) debe admitirse aunque no esté legitimado estrictamente por la ley.

La posibilidad de que el guardador de hecho solicite las prestaciones de carácter social en la vía administrativa no es algo desconocido en nuestro derecho. Así se contempla esta figura en diversas legislaciones comunitarias. Desde nuestro punto de vista, sería un contrasentido el permitirles el iniciar el procedimiento administrativo de concesión de la ayuda o del recurso social y luego no permitirles la petición de la declaración de dependencia como base de la necesidad de dichos mecanismos sociales de asistencia.

El problema que podría plantearse hace referencia a la petición de la valoración o la prestación por dependencia por un supuesto guardador de hecho y que después la persona supuestamente dependiente resulte con capacidad suficiente o posea un representante legal determinado que ejerza correctamente su labor. Esto puede averiguarse en el momento de las pruebas para la valoración y, en ese caso, deberá ratificarse la petición por el dependiente o por su representante legal, archivándose el expediente en el caso en que esto no se haga.

Volviendo al tema de la legitimación indicar que, además, el artículo 19 LJCA concede legitimación en este orden a « *las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo*»

En el mismo sentido, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 68 establece que el procedimiento puede iniciarse a instancia de persona interesada, recogiendo el concepto de interesado el artículo 31 entre los que se incluyen « *quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos*».

El problema se encuentra entonces en delimitar si el guardador de hecho tiene dicho derecho o interés legítimo. Nosotros creemos que indudablemente sí, ya que si no, no se entendería que se les permita solicitar la prestación como ya hemos visto con anterioridad. Añadamos que al familiar cuidador le interesa la concesión de la ayuda para la dependencia y entendemos que así se contempla en la filosofía de la nueva ley.

Pero es que, además, la jurisprudencia civil nos ofrece muestras de la admisión de la posibilidad del guardador de hecho de actuar como demandante en interés de su guardado. La actual filosofía de la capacidad de obrar derivada de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que pasamos a contemplar también nos sirve para reafirmar la opinión manifestada.

9.–El futuro de la guarda de hecho a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con Discapacidad.

Históricamente, el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas discapacitadas de forma muy precaria sin preocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares.

Este planteamiento va unido al llamado modelo médico de la discapacidad que considera la misma exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela, si bien dirigidas estas mas a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo.

Hoy nos encontramos ya de lleno ante un segundo modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales entrando en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.

Sobre los modelos hemos hablado ya en varios de los trabajos presentados.

Una de las cuestiones más debatidas en las conversaciones de desarrollo de la Convención, lo constituyó el aspecto relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por abogar un importante número de países encabezados por la Unión Europea por un reconocimiento pleno de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Frente a ellos otro grupo compuesto por China, Rusia y los países islámicos se oponían a la inclusión de dicho tema. Por una serie de avatares al final se ha consagrado la primera tendencia lo que supone un giro copernicano en la concepción de la capacidad en nuestro derecho. Por un lado, esto va a suponer la eliminación de la clásica diferenciación entre personalidad jurídica y capacidad de obrar. Por otro, supone la superación del concepto de la incapacitación como una de las formas de estado civil que acuño Federico de Castro.

Muchos pensamos que estamos ante un cambio clave y que esto supone el cambio desde la «*sustitución representativa*» a un modelo innovador de apoyos puntuales que debe ser desarrollado por el derecho interno de cada país.

Cobra, así, el mayor interés el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro. Instituciones como el administrador de apoyo italiano, el asistente – en trámite de introducción en el derecho catalán–, la teoría de la «*doble vía*» acuñada por Fernando Santos como base del procedimiento judicial de determinación de la capacidad y, porque no, la utilización y la potenciación de nuestra tradicional guarda de hecho pueden ser los pivotes sobre los que descansen dicha actualización en el derecho español.

Si miramos al derecho de nuestro entorno, dentro de las figuras que el derecho comparado nos ofrece para proteger sin incapacitar podemos destacar el administrador de apoyo italiano creado por la Ley número 6 de 9 de enero de 2004. Esta figura realiza intervenciones de apoyo temporal o permanente, conservando el beneficiario la capacidad de actuar en todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.

Nos encontramos también la figura del asistente del Derecho alemán que se encuentra propuesta en el Anteproyecto de reforma del Libro II del Código Civil catalán que actualmente está comenzando a debatirse. En este anteproyecto se establece que la persona mayor de edad que necesite apoyo de su persona o de sus bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades podrá solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, debiendo la autoridad judicial respetar la voluntad de la misma en cuanto a la persona a nombrar o la exclusión por esta de alguna persona.

El alcance de la asistencia se recogerá en la resolución judicial que la implante, si bien corresponde al asistente la prestación del consentimiento informado para tratamientos médicos en el caso de que el protegido no se encuentre en situación de decidir y no haya otorgado documento de voluntades anticipadas. En el ámbito patrimonial el asistente intervendrá de forma conjunta con la persona protegida en los actos jurídicos establecidos, pudiendo también otorgársele a petición del protegido funciones de administración del patrimonio.

La asistencia no perjudica a terceros mientras que no se inscriba en el Registro Civil.

La consecuencia es que los actos jurídicos que la persona protegida realice sin la intervención de la persona asistente, cuando esta sea necesaria, son anulables a instancia de la persona titular de la asistencia y de la persona protegida en el plazo de cuatro años contados desde que se extinguió la asistencia.

En cuanto a la participación de la guarda de hecho en el desarrollo de este nuevo modelo nos vamos a permitir reproducir lo que se expone en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia:

«Juntamente con la disposición que permite no constituir la tutela si se había otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, los cambios en relación con la guarda de hecho son reflejo del nuevo modelo de protección a la persona que diseña este libro segundo. Este modelo ha estado guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida.

Por eso este capítulo incluye un nuevo instrumento de protección— la asistencia— dirigido al mayor de edad que lo necesita para el cuidado de su persona o de sus bienes a causa de la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte así de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, si no que incluye instrumentos que, en base al libre desarrollo de la personalidad, sirvan para la protección de las personas en situaciones como la vejez o la discapacidad. Estos instrumentos pueden ser muy útiles, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los que la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resulten desproporcionadas, como ocurre con las personas afectadas con un retraso mental ligero u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no resulten apropiados para atender sus necesidades».

Refleja este texto como el proponente de la ley considera esta guarda de hecho como un mecanismo más para llevar a cabo esta protección no vinculada a la incapacitación jurídica y llevar adelante, de una vez por todas el principio de la graduabilidad de la capacidad que introdujo nuestro Código Civil en el año 1983 y que todavía no hemos conseguido transformar en una autentica realidad.

Algunos seguimos pensando que, en la base del arco iris, sigue estando el caldero de oro y por eso seguiremos andando hacia ella por mucho que llueva y por mucho que se aleje.

17.– BREVE COMENTARIO DE LA APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA DE LA
CONVENCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

17.— BREVE COMENTARIO DE LA APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD³⁰.

A propósito de la sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Santiago de Compostela de 8 de marzo de 2012.

I.— Introducción.

Históricamente, el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas con discapacidad de forma muy precaria sin preocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares. Sin embargo, el informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad elaborado el 30 de marzo de 2010 por el Consejo de Ministros, recoge expresamente lo contrario cuando indica que la legislación española es una de las más avanzadas del mundo en reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y que está a la cabeza en los países de la UE en esta materia.

Este planteamiento va unido al llamado modelo médico de la discapacidad que considera la misma exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. En este modelo se inspira, incluso, la propia Constitución Española en su artículo 49.

Hoy nos encontramos ya de lleno ante un segundo modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales de la persona con discapacidad las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales entrando en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal. En la actualidad, tras la entrada en vigor de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad nos encontramos un paso más allá. Al menos desde un plano teórico-jurídico, se ha superado el modelo social, basado en el bienestar social y la igualdad de oportunidades así como en el binomio capacidad-discapacidad, para encontrarnos inmersos en el modelo de derechos humanos (o de la diversidad) impulsado por la propia Convención y basado en la dignidad del ser humano que otorga el mismo valor a la vida de todas las personas, con independencia de sus capacidades.

La discapacidad se considera como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, nos encontramos, no ante una cuestión meramente social o médica, sino ante una cuestión de derechos humanos. De esta forma, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos.

Actualmente existe una sobreabundancia de normas en el campo de la discapacidad lo que, sorprendentemente, va pareja a una duda razonable de la real eficacia práctica de las normas promulgadas. Porque lo importante no termina siendo la legislación si no la realidad fáctica de la misma. Prueba de ello la encontramos en incumplimiento sistemático de las normas dictadas para la equiparación de oportunidades, como la Ley

³⁰ Este trabajo se hizo en colaboración con María Eugenia Torres Costas, abogada especializada en discapacidad. Los dos trabajos realizados junto a esta autora los mantendremos íntegros aunque repitan párrafos de lo ya indicado en respeto a su participación y a su derecho moral de que no se modifique su obra.

13/1982, de Integración Social de los Minusválidos cuyo artículo 59 y Disposición Final Séptima, obligaban a realizar los ajustes precisos que garantizaran la accesibilidad al transporte. Veintiún años después, lo que debía ser excepcional, esto es, el incumplimiento de lo dispuesto en dichos preceptos, pasó a ser la norma, hasta el punto de que en el año 2003, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se amplió el plazo para erradicar la discriminación en el transporte y garantizar la accesibilidad, otros 15 años más.

Por ello, se dice que la Administración de Justicia en sus relaciones con la discapacidad se encuentra en un proceso de cambio que se nota más en el ámbito legislativo, ya que en la realidad, los procedimientos judiciales son vividos como hostiles por las personas con discapacidad. Una hostilidad que no es intencionada, si no estructural y, por ese motivo, más difícil de combatir.

Elemento de gran interés en este desarrollo es la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008 por lo que posee efectos legales plenos en nuestro país. En la misma se reconocen a las personas con discapacidad un importante elenco de derechos y se establecen los mecanismos para que estos derechos sean iguales a los de las personas que carecen de algún tipo de discapacidad.

El acercamiento a esta Convención es importante porque, como ya hemos indicado, la normativa española, a pesar de sus múltiples avances, va a encontrarse con puntos de fricción con la misma que van a exigir importantes reformas legislativas y, sobre todo, diferentes formas de pensar.

A esta conclusión han llegado todos los que se han acercado a la Convención y así lo anunció Rafael de Asís Roig, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, que coordina un trabajo sobre el impacto de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español, encargado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad y por la Fundación ONCE, en la Comisión de Discapacidad del Congreso de los Diputados.

Como indica esta comisión los principales aspectos jurídicos del derecho español a los que afectará la convención de la ONU sobre la discapacidad serán el modelo social y la capacidad jurídica de las personas, pero también tendrá incidencia en ámbitos como el de la salud, la investigación, la libertad y seguridad, el trabajo o los servicios sociales. Concretamente, la Convención nos obliga a modificar cuestiones del Código Civil, del Penal, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la de Enjuiciamiento Criminal, normativa en materia de educación y al menos siete leyes orgánicas. Pero es que, además, como indica Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI, si en algún ámbito, estos giros adquieren el carácter de turbulencia es en el Derecho Privado de las Personas y, más en concreto, en lo referido a los derechos de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En este aspecto se centra este trabajo. Tratamos de comprobar si el derecho español se encuentra o no adaptado a la Convención. Y lo haremos pasando de la aplicación práctica del mismo tomando como excusa una sentencia judicial.

II.— El artículo 12 de la CNUDPD. Del concepto de capacidad de obrar a los mecanismos de apoyo.

Según la Convención los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, asegurando que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no sólo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos, puesto que únicamente con el reconocimiento como persona ante la ley pueden protegerse los derechos a través de los tribunales (el derecho a recurso), posibilitando a una persona a celebrar contratos (el derecho al trabajo, entre otros), a comprar y vender bienes (el derecho a poseer bienes por sí solo y en asociación con otros) y a contraer matrimonio (el derecho a casarse y fundar una familia).

El artículo 12 de la Convención supone un verdadero terremoto con respecto a instituciones tradicionales del derecho español. El principio general que sienta este artículo es el de que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que las demás en todos los aspectos de la vida, rompiendo dos conceptos

casi venerables de nuestro derecho, el de la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y el de la incapacidad como estado civil de la persona que, tras siglos de evolución, acuñó ese gigantesco jurista que fue Federico de Castro. La Convención hace que no quepa ya la sustitución o la representación (mecanismo de tutela) en la toma de decisiones o en el gobierno de sí y de los derechos e intereses de la persona, a causa o por motivo de discapacidad. La pura y mera sustitución, se cambia por el apoyo o los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica plena. Por cierto, que no deja de recordarnos este planteamiento a una serie de intuiciones que han ido construyendo los Fiscales de las secciones de protección de personas con discapacidad con el apoyo de otros sectores jurídicos, bajo el lema genérico de proteger sin incapacitar como es la potencialidad de la guarda de hecho o esas dos maravillosas creaciones jurídicas (que creo, terminarían, pasando a la historia del derecho) como son las teorías de la causa–motivo de la incapacidad y de la doble vía que ha forjado el Fiscal de Córdoba (España) Fernando Santos.

¿Cómo podemos compaginar esto con instituciones tan arraigadas en nuestro Derecho como la «*incapacitación*» judicial o con sistemas como la tutela o la curatela? ¿Qué reformas legislativas, que cambio de prácticas debemos realizar para respetar escrupulosamente el Convenio, garantizando la seguridad jurídica? Es importante destacar que, desde las Comisiones de expertos que participaron en la elaboración de la Convención, se señaló la necesidad de que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluyera la capacidad de obrar y que cuando el ejercicio de la capacidad de obrar de modo autónomo y personal pueda verse dificultado a causa de la discapacidad, los Estados deberían proveer un sistema de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, así como garantizar la protección contra el abuso en dicho apoyo, protección que no debe presuponer el modelo de tutela actual basado en el modelo de representación y no en el de apoyo.

Aquí radica una de las cuestiones clave de la Convención, que a mi entender, se decanta indudablemente por el sistema de apoyos, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno.

Por ello, cobra el mayor interés el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar que en el procedimiento de modificación de la capacidad se realice desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos: civil, social, patrimonial, político y cultural, a fin de asegurarle en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro.

Para lograr estos objetivos se deberán tener en cuenta:

- Que sean adoptadas, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.
- Que se adopten salvaguardias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona,
- Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida,
- Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona,
- Que serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
- Que garanticen la igualdad en los asuntos patrimoniales.
- Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos.

La Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, por lo cual los Estados deben hacer lo posible para prestar apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra el abuso de ese apoyo.

Se debe optar por ello por la construcción de nuevos mecanismos jurídicos para la protección de estas personas que no precisen la modificación de la capacidad y mientras estos no existan utilizar los existentes (graduabilidad de la misma, guarda de hecho, curatela, etc....).

III.– ¿Necesita el ordenamiento español adaptar su legislación para la aplicación de la convención?

Una de las primeras preguntas que uno se hace al acercarse a la aplicación de la Convención es si para ello es precisa la reforma o adaptación de la normativa española que regula estos temas. Debemos tener en cuenta

que la misma fue ratificada por España y publicada oficialmente, por lo que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en el artículo 96-1º de la Constitución Española.

Ante esta cuestión varias son las posturas que pueden mantenerse:

- 1ª.- El derecho español desde el año 1983 acoge una regulación amplia y avanzada de la capacidad que comparte claramente el espíritu de la Convención y, por ello, basta con una interpretación acorde con esta para responder a los requerimientos de nuestra adhesión a la misma. Es la interpretación en la que se enmarca las resoluciones del Tribunal Supremo que contemplaremos después.

Para esta posición no parece que la Convención haya abolido la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar pues la previsión de apoyo está haciendo referencia a la capacidad de obrar ya que la configura al modo de actuación por sí o con intervención de terceros para el ejercicio de sus derechos. Además, la previsión de apoyos es demasiado vaga o genérica para considerar que la misma prohíba cualquier medio de protección de la persona con discapacidad que conlleve una representación legal.

Igualmente, la obligación de graduar la capacidad y la posibilidad de la reintegración de la capacidad, así como la obligación de rendir cuentas anuales, si no llenan formalmente las exigencias de temporalidad y revisión periódica, si tienden, por lo menos, al cumplimiento y efectividad de sus fines.

- 2ª.- La segunda postura parte de la idea de que la Convención establece dos ejes que son claramente incompatibles con el derecho español. Afectan al mismo proceso de modificación de la capacidad ligado a la posibilidad de limitar la capacidad de obrar de determinadas personas en razón a su discapacidad y al establecimiento de mecanismos de sustitución de la voluntad como el que se establece con la tutela.
- 3ª.- La tercera señala la fuerza obligatoria de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico español, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 96 CE. Para esta postura, una vez está en vigor la Convención de Nueva York; no se debe de hablar si nuestra normativa en materia de medidas de protección esta o no adaptada a la misma. Lo que se debe hacer es aplicar directamente la Convención, que al tener un mayor rango normativo que el Código Civil y ser de fecha posterior, es de aplicación preferente.

Esta postura se enmarca en la idea de que el sistema de adopción automática se completa por la simple conclusión del tratado, sin que, a efectos de su validez interna, tenga relevancia, ni sea necesario ningún acto interno, salvo la publicación del tratado, por la que se convierte el tratado en fuente directa del derecho interno. Así lo contemplan el artículo 1-5º del Código Civil, al indicar que *«las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado»*.

En nuestro derecho no es precisa una norma que imponga a los individuos lo que el derecho internacional impone a los Estados. El tratado como norma o como hecho normativo convertido en norma supone obligaciones por sí mismo y se impone a todos los órganos del Estado, incluido el Juez. El tratado válido, una vez publicado podrá crear obligaciones y derechos para los particulares. A este efecto se le denomina *«aplicación directa»* del tratado sin necesidad de una norma que lo desarrolle, pero sólo se producirá una vez que el tratado se haya publicado y si la naturaleza del mismo lo permite. El tratado tiene un rango superior a la ley y que esta afirmación se deriva del último inciso del artículo 96-1º de la Constitución Española por lo que se encuentra jerárquicamente por encima de lo dispuesto en el Código Civil.

Esta postura que es la defendida desde determinados sectores, fundamentalmente de los especialistas del Ministerio Fiscal en la materia, no es fácilmente entendible por los Tribunales quizás porque, al contrario de lo que ocurre en el Derecho argentino, los tratados no se configuran de forma expresa como ley nacional por lo que muchos operadores se niegan a su aplicación en tanto subsista la regulación expresa del Código Civil.

IV.- La postura de nuestro tribunal supremo. Las sentencias de 29 de abril de 2009 y 17 de julio de 2012.

Tras la entrada en vigor de la Convención nuestro Tribunal Supremo se enfrentó a los nuevos retos que la misma planteaba. La primera sentencia que se debe tener en cuenta es la del 29 de abril de 2009.

En la misma es especialmente interesante la postura que mantuvo la representación del Ministerio Fiscal. El mismo se cuestiona si la interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil es acorde con la Convención. Según expone el artículo 12 de la Convención se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. A tal efecto señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la modificación judicial de la capacidad priva al afectado de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor y añade que *«la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales»*.

Señala asimismo que a la vista de la citada Convención, *«la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces»*.

Basándose en el Preámbulo de la Convención mantiene el carácter evolutivo de la discapacidad que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, para indicar luego que este carácter *«dinámico»*, resultara trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar.

La configuración tradicional de la modificación de la capacidad, supone para el informante una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna diferencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. Esto colisiona directamente con el modelo de derechos humanos y con la figura de la (in) capacitación como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a adoptar una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar.

Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad.

El Fiscal concluye que *«[...]La Convención propugna la sustitución del modelo de «sustitución en la toma de decisiones» por el nuevo modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones», aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno»*.

Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención basándose en la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad.

El Tribunal Supremo se hace la misma pregunta y llega a las siguientes conclusiones:

- 1º España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 CE, olvidando que este artículo está inspirado en el ya superado modelo médico-rehabilitador, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección.
- 2º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes

situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación ; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de persona con discapacidad no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales.

Digamos que esta afirmación del Tribunal Supremo es claramente errónea. No se puede distinguir entre incapacitación y curatela, ya que esta no es más que una medida de protección aplicable en los casos de incapacitación parcial. Es necesaria una sentencia de modificación de la capacidad para poder establecer una curatela, por lo que no podemos considerarla con sustantividad propia, ni como un sistema de apoyo alternativo a la llamada incapacitación.

Considera el Tribunal Supremo que una medida de protección como la incapacitación solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Indica que en este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que *«implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial»*.

Para él, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificada, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

Tras afirmar la compatibilidad del procedimiento de modificación de la capacidad con la Convención, el Tribunal Supremo español se pregunta sobre si el sistema de protección debe ser o no rígido y si se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Indica que ya en su sentencia de 5 marzo 1947 entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiestan en cada caso las dificultades de autogobierno y que la reforma del Código Civil operada en 1983 introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces, se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección.

Esta postura del Tribunal Supremo no deja de ser criticable. La sentencia se remite al poder legislativo quien debe realizar las modificaciones legales necesarias para adaptar las medidas de protección establecidas por el derecho español a la idea de medidas de apoyo de las que habla la Convención.

Nosotros no podemos compartir dicha opinión ya que, si leemos la Convención se establece de forma meridiana que la incapacidad absoluta de una persona debe pasar a ser una excepción, y ser acordada bajo el principio de protección del presunto incapaz y suponer una mejora en la vida de dicha persona y respeto pleno a su dignidad; debiéndose acordar por tanto en la mayoría de los casos una simple modificación de dicha capacidad, acorde a las circunstancias del caso concreto, con la adopción de aquellas medidas de apoyo necesario, para que se respete la dignidad de dicha persona y le permitan, en el máximo grado posible, ejercer su capacidad de obrar.

En sentido parecido se manifiesta la Sentencia del mismo Tribunal de 17 de julio de 2012. Señala la misma que, manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un sistema de protección o de apoyo, en palabras de la propia Convención, precisamente para proteger su personalidad. Coincidiendo con este planteamiento, para el mismo, los artículos 215-2º y 287 del Código Civil establecen un sistema de protección distinto de la tutela, denominado curatela, que coexiste con la modificación parcial de la capacidad en aplicación del llamado principio de graduabilidad.

La STS 282/2009, de 28 abril declaró que *«en los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un persona con discapacidad no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la Constitución Española»*.

V.– Algunos ejemplos de aplicación práctica: la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Santiago de Compostela de 8 de marzo de 2012.

Hemos hecho una larga introducción para situar el comentario de una sentencia concreta que trata de aplicar los principios establecidos en la Convención, si bien adelantamos que, al final, vuelve a la estructura tradicional de la incapacitación española en un viaje de ida y vuelta que se está convirtiendo en habitual en la práctica española.

Se inicia el procedimiento a instancia de un hijo que solicita se declare la incapacidad de su madre para administrar su persona y bienes con sujeción de la misma a tutela, interesando asimismo la retroacción de la extensión y límites de la incapacidad al año 2007, desconociéndose los motivos que inspiraron esta última petición, si bien, se considera razonable pensar que puedan estar relacionados con actuaciones de carácter patrimonial realizadas durante ese periodo.

De la lectura de los antecedentes de hecho, se concluye que nada interesa la parte actora sobre la preceptiva autorización de ingreso o permanencia de su madre en un centro residencial.

Por el Ministerio Fiscal, actuando en este procedimiento, se interesa sorprendentemente la íntegra incapacidad de la demandada, la constitución de la tutela sobre ésta, con designación de su hijo en dicho cargo así como la ratificación del internamiento –no ingreso– involuntario de la demandada en un centro residencial.

La sentencia comienza con una exposición de la doctrina emanada de la Convención que considera que, a todos los efectos, forma parte del ordenamiento jurídico español.

Indica que la misma supone un cambio de modelo en el que se abandona la sustitución y se cambia por el apoyo o asistencia en la toma de decisiones. Añade que el artículo 12 de la Convención integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar y que incluso prohíbe el instrumento de la incapacitación.

Textualmente indica:

«La incapacitación, tal y como ha venido siendo articulada, es una institución que choca con lo dispuesto en la Convención. Es necesario, así, configurar una nueva herramienta basada en el modelo de apoyo que tenga en cuenta tanto el tipo de acto sobre el que se proyecta, prestando una especial atención a aquellos que tienen que ver con los derechos fundamentales, cuando el tipo de apoyo adecuado a las circunstancias concretas de la persona».

A pesar de estos planteamientos cuando la sentencia se enfrenta al caso concreto vuelve a la determinación de una incapacidad y el sometimiento del afectado a tutela.

Veamos, pues, si la Sentencia acoge lo establecido en la Convención, esto es, se inspira en el modelo de derechos humanos o sigue la línea tradicional basada en el modelo médico rehabilitador.

La conclusión a la que necesariamente ha de llegarse, tras la lectura de esta sentencia no puede ser otra que la de que, una vez más, se ha seguido el tradicional y, teóricamente, superado modelo médico–rehabilitador, no ajustándose a los principios inspirados por la Convención.

En el caso que nos ocupa, no se encuentra ni una sola referencia a la voluntad y/o a las preferencias de la persona contraviniendo el artículo 12–4º de la Convención. Ni siquiera a sus necesidades concretas. Todo el peso de la resolución o toda la prueba sobre la que se fundamenta el fallo residen en el informe del médico forense que, a su vez, se apoya en tres informes médicos emitidos por diferentes especialistas. El dictamen mé-

dico-forense efectivamente ilustra de forma detallada sobre las capacidades que, en relación exclusivamente con la realización de las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria conserva o no, la demandada. Es decir, el informe médico, ilustra sobre las capacidades de la persona omitiendo cualquier referencia a sus voluntades o preferencias, lo cual es lógico, ya que se considera que esto último no debe ser exigible a este facultativo.

Sin embargo, sí resulta exigible, desde nuestro punto de vista y, en aplicación de lo establecido en la Convención, al juzgador, así como a todos aquellos intervinientes en el proceso judicial pues sólo conociendo, o aproximándonos en la mayor medida posible, a las voluntades, deseos y preferencias de la persona, podrá dictarse una resolución plenamente ajustada a Derecho.

Para ello, el propio procedimiento de modificación de la capacidad vigente todavía en España, facilita otros medios de prueba, obligatorios en este tipo de procesos, que pueden acercar al juzgador al conocimiento de aquellas voluntades o preferencias de la persona que han de ser traídas al mismo, y en los que también ha de apoyarse a la hora de dictar sentencia. Dichos medios de prueba son, por una parte, el reconocimiento de la persona cuya capacidad se pretende determinar, y que ha de ser realizado directamente por el juzgador. Esta prueba, no sujeta a ningún tipo de formalismo o rigorismo, permite al juez indagar sobre los deseos de la persona. Sin embargo, lo cierto es que, dependiendo de sus particulares circunstancias, puede ocurrir que la persona no pueda, de hecho, expresar su voluntad ni orientar al juzgador sobre ella. Pero, por otra parte, el procedimiento obliga a escuchar a los parientes más próximos. Ellos, que normalmente son quienes mejor conocen a la persona, quienes han convivido con ella a lo largo de muchos años, sí pueden aportar una parte importante de esa información al juzgador. Éste, a través de aquéllos, puede indagar sobre el modo de vida de la persona, sus voluntades expresadas en momentos en los que pudo haberlo hecho de forma libre y consciente, sus deseos, sus gustos, sus necesidades. Tampoco esta prueba exige ningún tipo de rigor formal. Por lo tanto, es un buen camino para llegar a conocer aquello que la persona no puede expresar por sí misma. Pero además, el hecho de que estas dos pruebas, unidas al informe médico, sean de carácter obligatorio, no impide que se puedan traer más al pleito. Así, en el caso concreto, sabemos que la persona se encuentra ingresada en un centro (tema que se abordará más adelante) donde es atendida por diversos profesionales que pueden, a su vez, aportar nueva información que sirva para ilustrar sobre los deseos o voluntades que la persona todavía sea capaz de mostrar en su día a día en la actualidad.

Ceñir la resolución, como ocurre aquí, solo a lo expuesto en el informe médico supone en cierto modo, desde nuestro punto de vista, perpetuar el modelo médico-rehabilitador basado exclusivamente en criterios de salud.

Por último, resulta preocupante el tratamiento del ingreso en residencia que se encuentra en la sentencia, por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque según se infiere de la propia resolución, se trata de una ratificación de ingreso involuntario, luego la autorización para la permanencia en la institución se acuerda a posteriori, esto es, una vez que ya la persona está ingresada en el centro. Se desconoce si al momento del ingreso éste se realizó de forma voluntaria, esto es, si la persona tenía plena capacidad natural para entender y expresar su voluntad clara y decidida al ingreso o, si por el contrario, ingresó una vez estaba afectada por su enfermedad, hecho que consta al menos desde septiembre de 2007. Si dicho ingreso hubiese sido voluntario, y la «incapacidad» natural sobreviene después, la ratificación así interesada no parecería incorrecta. En el caso que nos ocupa, sin embargo, se observa que la persona ingresa en un momento en un centro (Geriatros) pero la ratificación del ingreso se realiza respecto a otro diferente (Caser Residencial A Zapateira); luego se produce un traslado de domicilio de la persona, sin que conste solicitud de autorización previa. Lo preocupante del tratamiento del ingreso en la resolución es su falta de motivación. Nuevamente, parece que éste se apoyaría única y exclusivamente en el informe médico-forense, sin tener en cuenta los principios y preceptos impuestos por la Convención en su artículo 19 sin establecer ningún tipo de salvaguardia temporal.

Por último, llama la atención la afirmación respecto a que en principio las decisiones de la vida cotidiana serán adoptadas por los encargados de la residencia dentro de las normas que rijan la misma y de acuerdo con las directrices generales que puedan consensuar las tutoras, por cuanto supone llevar hasta sus últimas consecuencias la privación no sólo de capacidad sino de la mínima autonomía propia de la persona, perpetuando el sistema de sustitución frente a lo que, claramente desde nuestro punto de vista, debe ser considerado un apoyo, el de la residencia, que nunca sustituye pero indudablemente presta un servicio de asistencia, principalmente para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, pero no para la toma de decisiones.

Preocupa especialmente el tratamiento del ingreso involuntario porque el hecho de no atender a las voluntades o preferencias de la persona, ni ponderar sus necesidades, ni tener en cuenta otro tipo de alternativas o posibilidades diferentes al ingreso, no se corresponde con lo ordenado por la Convención y porque afecta directamente a un derecho fundamental, cual es el derecho a la libertad. Un ejemplo más de ese juego de fili-granas que, por desgracia, se está dando en la jurisprudencia española en esta materia.

18.— EL PROBLEMA DE LAS LLAMADAS CURATELAS DE SALUD Y SU EJERCICIO
POR LAS PERSONAS JURIDICAS.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013.

I.— Introducción.

El sistema de protección de los incapaces establecido en el Código Civil español de 1889 establecía unos mecanismos de protección basados en la llamada «*tutela de familia*» que fracasó, fundamentalmente, por la total inoperancia de instituciones de carácter colegiado como las Juntas de Parientes, y por ser una tutela centrada en el patrimonio y adaptada a personas y familias con fortunas superiores a la media buscando, más que una protección integral del incapaz, la de los intereses económicos de éste y de las personas llamados a heredarlo. Estos dos elementos principales llevaron al sistema a una crisis que, denunciada continuamente por la doctrina, era preciso afrontar lo que se hizo con la promulgación de la Ley 13/1983 de 24 de Octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

En dicha reforma se cambia el sistema de tutela de familia por el de tutela de autoridad, en el que se concede a un alto órgano del estado – en nuestro caso el juez– la dirección y control superior de la tutela.

Pero esta reforma de la tutela, que supuso en su momento un paso importante, hoy se encuentra también obsoleta, sin perjuicio de que es dudosa su adaptación a lo dispuesto en la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad promulgada por Naciones Unidas en 2006 y que hoy es derecho vigente en nuestro país. Esta Convención se aleja del modelo español, ya que la misma busca vías de protección que no pasen por la modificación de la capacidad y abomina de la tutela como formula representativa y sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad buscando sólo mecanismos puntuales de apoyo.

Pero, hoy por hoy, esta tutela continua existiendo en nuestro ordenamiento jurídico y se ha visto afectada por los cambios en el sistema de valores, la menor solidaridad familiar, las nuevas necesidades que la sociedad de consumo plantea, la desresponsabilización del cuerpo social por la hipertrofia de lo público etc... lo que hace que la clásica tutela ejercida por un familiar al estilo tradicional tenga cada vez una menor incidencia, optándose por otras formas de protección – tutela profesional o por personas jurídicas– a las que se les aplica la misma regulación que a la tutela individual familiar, debiéndose adaptar aquéllas al modelo de ésta lo que no resulta demasiado operativo . Esto ha dado lugar a la búsqueda de nuevas soluciones introduciendo en el derecho común figuras como la autotutela, regulando expresamente las tutelas no familiares, simplificando la constitución y regulación de las mismas, etc.... Es necesario recordar que, en España, no existe una institución como la argentina de los curadores públicos integrados en la Defensoría General de la Republica. Estos profesionales, a pesar de la escasez de medios, realizan dicha labor de protección con una total dedicación y entrega.

II.— La tutela de las personas jurídicas.

La reforma de 1983 introdujo esta posibilidad, a pesar de la importante resistencia que tuvo durante su gestación. No obstante, lo hizo con una parca regulación jurídica que no ha impedido que se conviertan en un importante instrumento de protección tutelar para aquellas personas que, por carecer de parientes o estos ser inidóneos o estar imposibilitados, necesitaban un tutor fuera del círculo familiar. Además, las personas jurídicas de este tipo han realizado una importante tarea asesorando, apoyando materialmente a los tutores familiares y fomentando el voluntariado en la materia.

Debemos añadir que el ejercicio de la tutela por las personas jurídicas debe estar sometido a vigilancia especial para evitar el exceso de profesionalidad de las mismas vaya en detrimento de la satisfacción personal del incapaz.

³¹ Este trabajo se hizo en colaboración con María Eugenia Torres Costas, abogada especializada en discapacidad. Los dos trabajos realizados junto a esta autora los mantendremos íntegros aunque repitan párrafos de lo ya indicado en respeto a su participación y a su derecho moral de que no se modifique su obra.

El artículo 242 del Código Civil español establece dos requisitos para que una persona jurídica pueda desempeñar la función tutelar. Estos son que la persona jurídica no ha de tener finalidad lucrativa y que entre sus fines ha de figurar la protección de menores e incapacitados.

La inexistencia de ánimo de lucro constituye el primer requisito que el artículo 242 del Código Civil.

Lo anterior no quiere decir que el requisito de la ausencia de lucro se incumpla por el hecho de que la persona jurídica maneje dinero e incluso cobre por los servicios prestados. Una persona jurídica que preste servicios profesionales puede ser retribuida sin que de ello haya de seguirse necesariamente la existencia de ese ánimo de lucro.

El artículo 242 CC también establece que la persona jurídica se dedique a la protección de menores e incapacitados.

Creemos que debe mantenerse una interpretación flexible de este requisito de tal manera que no resulte imprescindible que la persona jurídica se dedique única y exclusivamente a tal finalidad, pudiendo englobarse tales finalidades dentro de otras asistenciales de carácter más genérico. En efecto, si la entidad en cuestión, junto con otros fines estatutariamente recogidos, incluye en sus estatutos la protección de menores e incapacitados u otro genérico que los englobe, podrá ser nombrada como tutor.

La exigencia recogida en el artículo 242 del Código civil se respeta cuando dentro de los estatutos de la entidad se recoja la atención de personas con determinadas enfermedades que provocan problemas de autogobierno sin que sea necesario que la finalidad del artículo aparezca expresamente en los estatutos de la entidad. Y ello porque no ha de olvidarse que es el juez quien ha de valorar en cada caso concreto la idoneidad de una u otra entidad velando por el beneficio del tutelado.

III.— Los diferentes modelos.

El artículo 242 del Código Civil se elaboró pensando fundamentalmente en las personas jurídico–privadas formalizadas como asociaciones y fundaciones. Pero eso no quiere decir que se excluya a las personas jurídico–públicas. Podemos destacar entre los posibles modelos los siguientes:

1.— Entidades privadas.—

- a.— Asociaciones. Como elemento favorable tienen la facilidad de su constitución, y la posibilidad de usar las ya existentes constituidas por los familiares de las personas con discapacidad en defensa de sus derechos. Su principal inconveniente se encuentra en su contingencia, ya que pueden ser disueltas por la mera voluntad de sus socios.
- b.— Fundaciones. Al ser un conjunto de medios materiales y personales, con personalidad jurídica propia, afectados a la finalidad propuesta por el fundador tiene más ventajas para el ejercicio de la función tutelar y ello por su estabilidad, ya que pervive a sus propios creadores y por las importantes subvenciones y beneficios fiscales de que gozan.

2.— Entidades públicas.—

Es cierto que las Administraciones Públicas carecen de mención estatutaria expresa. Pero la distribución de competencias establecida por la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas las de «*asistencia social*» en su artículo 148–1–20.

En un ámbito territorial menor, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local apunta en los artículos 25–2 k y 37 que tanto los Ayuntamientos como las Diputaciones Provinciales tienen competencia en materia de prestación de servicios sociales. Por tanto, las citadas entidades territoriales también tienen competencias genéricas en materia de asistencia social y servicios sociales. La Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1998 de 3 de abril sobre la asunción de la tutela por personas–jurídico públicas ya determinó que las genéricas competencias en materia de asistencia social constituyen una atribución competencial suficiente.

Entre ellas podemos destacar como pioneras el Instituto Almeriense de Tutela o la Agencia Madrileña de Tutela. Este organismo dependiente de la Comunidad de Madrid sufrió desde su inicio una evolución en su naturaleza. En efecto, cuando se creó en 1990, se constituyó como Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos que dependía de la Consejería de Integración Social careciendo de personalidad jurídica propia. Como tal comenzó su andadura y a los pocos años se observaron algunas deficiencias de carácter funcional. Así, en vista de que tal Comisión realizaba numerosas actividades y gestiones en el ámbito del Derecho privado, como

la procura de alimentos al tutelado o promover la recuperación o adquisición de la capacidad, con la finalidad de prestar un servicio más ágil se vio conveniente convertir la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos en un Ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia y con capacidad para actuar en el ámbito privado. Tal reconversión se efectuó por medio de la Ley 4/1995 de 21 de marzo de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos adscrita a la Consejería de Familia y Asuntos Sociales.

Al margen de estas entidades tutelares incardinadas en la estructura administrativa cabe referirse a las fundaciones tutelares públicas en sentido estricto creadas por algunas Comunidades Autónomas. Así, entre otras, la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos creada en el año 1996 (FUNGA), la Fundación Tutelar de la Rioja constituida a comienzos del año 2003 o la Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas creada por el Decreto Foral 269/2001, de 24 de septiembre .

En este caso, estamos ante entidades tutelares públicas que revisten la forma jurídica de fundación, con personalidad jurídica propia y que, por tanto, no constituyen un órgano administrativo dependiente de una Consejería. Esta modalidad de entidad tutelar está sometida al Derecho privado lo que garantiza una mayor agilidad y flexibilidad en la gestión. Con todo, estas fundaciones tutelares están sujetas a controles públicos tanto en lo referido a las cuestiones económicas como en otras cuestiones contractuales y de gestión. Y al igual que sucedía con las anteriormente mencionadas surgen con la vocación de complementariedad y garantía para asumir las tutelas, curatelas y defensa judicial de las personas judicialmente incapacitadas o en trámite de modificación de la capacidad en el ámbito territorial de que se trate –ordinariamente el ámbito territorial de estas fundaciones tutelares es la Comunidad Autónoma– , sensibilizar e informar sobre el alcance y significado de la modificación de la capacidad, la tutela y la curatela o colaborar con otras entidades para conseguir una mayor y mejor integración de los enfermos.

3.– Entidades mixtas.–

En último lugar, y en lo que atañe a entidades tutelares de tipo mixto con participación pública y privada, cabe hacer una mención breve del sistema desarrollado en Cataluña, así como a las Fundaciones andaluzas como la Cordobesa o Jiennense de Tutelas, entre otras.

En Cataluña el ejercicio de la tutela recae única y exclusivamente sobre entidades tutelares de carácter privado, generalmente fundaciones. La Generalitat, por medio de la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, únicamente supervisa, ayuda y hace el seguimiento y control del buen funcionamiento de las entidades tutelares. En tal caso, la función del organismo público es ayudar, asesorar, y proponer a las entidades como tutores ante los juzgados pero no asume como tal ninguna tutela. Éstas únicamente recaen sobre las entidades privadas dadas de alta en la Consejería de Bienestar y Familia.

De otra parte, también cabe referirse dentro de las entidades tutelares de tipo mixto a las Fundaciones andaluzas de alcance provincial y con participación de representantes tanto de instituciones públicas –Diputación Provincial, Consejería de Asuntos Sociales, entre otras – como entidades privadas – fundamentalmente asociaciones de afectados–. Estas fundaciones se encuentran actualmente en un difícil momento dada la reducción de recursos provocada por la actual crisis económica, el retraso y limitación en el pago de las subvenciones públicas y el aumento del número de tutelados lo que ha creado una situación muy complicada. El modelo andaluz se encuentra en crisis por la falta de una financiación regular adecuada. Quizás hubiera sido mejor la creación de fundaciones públicas sostenidas directamente con fondos públicos.

IV.– Ventajas e inconvenientes.

Es necesario hacer una ligera referencia a las ventajas e inconvenientes que presenta el ejercicio de la tutela por personas jurídicas. El primer problema que se presenta, sobre todo si hablamos de personas jurídicas públicas, es la falsa sensación de seguridad que crea en los familiares de las personas con discapacidad y que hace que estos y el resto de la sociedad civil se desresponsabilice. El segundo, la burocratización a la que, en muchos casos, esta forma de tutela se ve abocada. Por ello, más importante que crear personas jurídicas que asuman tutelas lo que debe hacerse es crear las condiciones necesarias para la asunción de las tutelas por las propias familias, así como para que la sociedad civil se sensibilice en esta materia, y favorecer la creación e inclinación del voluntariado hacia este fin.

La concesión de la tutela a una persona jurídica, en muchos casos una autentica necesidad, no tiene porqué suponer la inexistencia de una relación personal con el pupilo, lo que puede vehicularse con el voluntariado, los profesionales contratados por la misma o la figura de la guarda de hecho.

El titular de la tutela es la persona jurídica en cuanto tal y no ningún miembro u órgano de la misma. Pero, sin duda, las funciones tutelares deben ejercerse a través de personas físicas miembros o empleados contratados por la misma. Será fundamental la infraestructura y recursos personales de la misma, evitando una masificación que dificulte una relación personalizada con el pupilo y buscando siempre la fórmula idónea para que la persona con discapacidad alcance el pleno desarrollo de su personalidad y encuentre protección y asistencia material. Habrá que seleccionar a la persona apropiada para el ejercicio directo de la tutela, con suficiente preparación y capacidad para sintonizar con el tutelado y crear una relación de cercanía con el mismo, teniendo como fin el ofrecer una relación similar a la familiar. Esto se puede hacer a través de los siguientes mecanismos:

a.– Voluntarios delegados tutelares. También llamados «*delegados familiares*», «acompañantes comunitarios», etc... Son voluntarios que, en la mayoría de los casos de forma gratuita, colaboran en estas tareas con la coordinación de un profesional especialista en la atención de personas aquejadas de una causa de incapacidad, tratando de darles la compañía, el afecto y el respeto que la persona jurídica no puede darles. Este sistema se encuentra cuestionado en lo que a las personas con enfermedad mental se refiere, debido a sus específicas características y la necesidad de una formación especializada.

Es importante que estos colaboradores sean asesorados y coordinados por profesionales capacitados.

b.– Profesionales al servicio de las personas jurídicas.– Dotados de los conocimientos precisos y apropiados para desarrollar su tarea de modo permanente y vocacional, debiendo ser capaces de crear una relación cercana con los pupilos, siendo el punto de referencia del tutelado con su tutor.

c.– Acogimiento familiar.– Muy extendido en el caso de los menores, puede ser usado también en el caso de personas al amparo de una persona jurídica que encomendará parciales funciones tutelares a una familia sustituta o funcional, ya que el entorno familiar es el ideal para el desarrollo humano. Esta figura se encuentra regulada en el Código Civil como forma de integración de menores tutelados por entidades públicas y entendemos que no existe inconveniente para su utilización por personas jurídicas privadas tutoras de personas con discapacidad en cuanto esto redunde en interés del incapaz. El procedimiento indicado es utilizado, de forma excepcional, dadas las especiales características de los enfermos mentales, por la Fundación Andaluza de Integración Social del Enfermo Mental, pudiendo ser más efectiva en el caso de las personas con discapacidad o ancianos. No es conveniente que la tutela se otorgue a los gestores de los mecanismos residenciales, para evitar el convertirse en juez y parte de la calidad asistencial, perdiendo la objetividad necesaria para garantizar al tutelado su bienestar.

Debemos añadir también la figura de los guardadores de hecho que normalmente son quienes, de hecho, ejecutan la tutela en la mayoría de las ocasiones, bien como directores de la residencia donde reside el pupilo, bien vecinos o allegados de la persona que continúa residiendo en su domicilio.

V.– La sentencia del tribunal supremo de 24 de junio de 2013.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda sobre determinación de la capacidad jurídica y medios de apoyo y salvaguardias adecuados y efectivos para su ejercicio de un ciudadano que se opuso a la misma.

La Sentencia de primera instancia declaró incapacitado al demandado, tanto para regir su persona y bienes, incluida la privación del derecho de sufragio activo, como su patrimonio, y nombró tutor a la entidad Fundación Galega de Protección de Adultos de carácter público.

La sentencia de la Audiencia Provincial señaló que se le diagnosticó al demandado esquizofrenia paranoide en informe psiquiátrico que también hace constar la falta de conciencia de enfermedad, la negativa a recibir tratamiento psicofarmacológico y la asistencia desde el 13 de noviembre de 1990 por la unidad de salud mental, a petición de sus familiares, por graves alteraciones psíquicas.

Indica esta sentencia: «*Es verdad que el último de dichos informes contiene afirmaciones que pudieran apoyar la tesis de la parte apelante pero su lectura pausada revela contradicciones importantes en los extremos sobre los que incide el recurso. Así, mientras reconoce al demandado capacidad para conocer las consecuencias del procedimiento, considera que es muy vaga su habilidad para conocer el objeto del procedimiento; admite su capacidad contractual y para tomar decisiones económicas, sin embargo, califica de paranoide su capacidad para otorgar poderes a terceros y para realizar disposiciones testamentarias entre las que obviamente existen las de contenido patrimonial. Además de ello, considera al demandado incapaz para consentir tratamientos, escasas sus habilidades para el autocuidado de su*

salud para el seguimiento de pautas alimenticias y para el manejo de medicamentos, lo cual revela la necesidad de que sea sometido a un control que proteja su persona y bienes. Se establece la necesidad de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en los que afectan a la persona del demandado, en concreto para una adecuada alimentación y para la sumisión a tratamiento, indispensable para un adecuado control de su enfermedad a fin de conseguir su integración en la sociedad en la forma más plena posible».

Recurrido en casación por el afectado y el Ministerio Fiscal por considerar infringida la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre otros preceptos por existir una clara desproporcionalidad en la medida adoptada en la sentencia por lo que el Fiscal solicitó la instauración de una curatela.

La sentencia estima el recurso indicando que el art. 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Para que se incapacite totalmente a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad e impida gobernarse a la afectada por sí misma. Añadamos nosotros el que le afecte a largo plazo y el que tenga un alcance relacional, por lo que se requiere que la discapacidad al interactuar con diversas barreras pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (art. 1-2ª CNUDPD).

Dice textualmente la sentencia:

«Una situación como ésta no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12».

Visto esto así y contemplando los hechos del caso concreto *«es necesaria una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SsTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, «no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva», si no mediante un simple apoyo del curador.*

En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)».

VI.— Ejecución práctica de la sentencia por la entidad tutelar.

La diferencia principal entre las sentencias dictadas en primera y segunda instancia y la dictada por el Tribunal Supremo, estriba principalmente en el grado de incapacitación declarado. Así, mientras el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial declaran al demandado totalmente incapaz, el Tribunal Supremo revoca la sentencia en parte y lo declara sólo parcialmente incapaz, en aplicación teóricamente del criterio instaurado tras la entrada en vigor de la CNUDPD, en virtud del cual toda persona posee capacidad de obrar, debiendo ser provista de los apoyos precisos para ejercerla sólo cuando padezca algún tipo de deficiencia que, al interactuar con diversas barreras, le impida ejercitarla en igualdad de condiciones con los demás.

En definitiva, la CNUDPD viene a romper con el sistema tradicional del ordenamiento jurídico español, basado en la sustitución de la voluntad de la persona declarada incapaz, e instaura un sistema de apoyos

basado en la asistencia a la persona con discapacidad. Sin embargo, y a pesar de la entrada en vigor de la Convención, al día de la fecha el procedimiento de modificación de la capacidad y las medidas de protección reguladas en el ordenamiento jurídico español continúan siendo las mismas que las introducidas por medio de la reforma de 1983.

Recordemos que en España existen principalmente dos figuras de protección relativas a la persona que ha sido declarada judicialmente incapaz: la tutela y la curatela. Cada una de ellas se aplicará en función de la intensidad de la incapacitación declarada. En general, podemos afirmar que en el caso de incapacitados totales, la figura de protección asignada es el tutor, quien representa y sustituye a su pupilo, tomando por éste sus decisiones. Cuando se habla de personas parcialmente incapacitadas, la figura comúnmente asignada es la del curador, quien no representa sino que asiste al curatelado en la toma de sus propias decisiones. Debe ser la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de la capacidad, la que determine para qué actos debe asistir el curador y, en caso de que nada diga, se entenderá que será para aquéllos para los que el Código Civil exige autorización judicial al tutor. El curador no representa. No sustituye. Asiste, acompaña al curatelado. Por eso, en la actualidad y, sin perjuicio de las nuevas figuras que eventualmente se incorporen al ordenamiento jurídico español una vez que se produzca la adaptación normativa del sistema de tutela a la CNUDPD, la figura que mejor se adapta al espíritu de ésta es la curatela, ya que mantiene la capacidad del curatelado para la toma de decisiones asistido, eso sí, de su curador en la toma de aquéllas que por sí sólo no pueda adoptar. Será el curatelado –y no el curador– quién mantenga la iniciativa en sus actos, pero habrá algunos que no podrá llevar a cabo por sí mismo sino que precisará de la intervención del curador para que aquél se pueda perfeccionar.

Aclarado lo anterior, son varias las cuestiones que debemos preguntarnos.

En primer lugar, es necesario reflexionar sobre las llamadas curatelas de salud. Desde hace ya unos años viene siendo cada vez más habitual que los juzgados españoles dicten sentencias en los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar de las personas, en los que se declare la incapacidad parcial respecto a los aspectos relativos al cuidado de su salud. Particularmente esto se observa en los casos de personas que padecen algún tipo de enfermedad mental. Personas que no tienen conciencia de su enfermedad y, por lo tanto rechazan cualquier tipo de tratamiento, no se medican o no lo hacen adecuadamente pero que, de hacerlo, podrían vivir su vida con absoluta normalidad o, al menos, con un grado de autonomía bastante elevado. Por ello, y con la finalidad de preservar ampliamente su capacidad para la toma de decisiones, estas sentencias sólo la limitan respecto a los aspectos relativos a su salud, debiendo entonces ser el curador quién le asista y vele por la adecuada toma de medicación, revisiones médicas, autocuidado, etc. Esto, que desde un punto de vista teórico puede ser alabado por ceñirse, siguiendo el espíritu de la CNUDPD, a la limitación única y exclusivamente de aquél aspecto donde la persona no tiene capacidad de autogobierno, resulta extremadamente complejo a la hora de llevarlo a la práctica. Y ello porque sería realmente iluso pensar que la notificación de una sentencia sería suficiente para que la persona tomase conciencia de su enfermedad y accediese a la toma de su medicación y al control de ésta por parte de su curador. Si la dificultad real existe cuando el nombramiento de curador recae sobre una persona física próxima en sentido literal al curatelado, desde luego aumenta cuando el cargo recae en una persona jurídica lejana geográficamente muchas veces al mismo. Imaginemos sencillamente que el curatelado se niega a abrir la puerta de su casa. ¿Cómo se podrá controlar entonces la adecuada toma de la medicación? ¿Cuándo se podrá detectar que esto está sucediendo? Puede ocurrir fácilmente que la persona jurídica tenga su sede se encuentre en una ciudad e incluso provincia o comunidad autónoma distinta al domicilio del tutelado. Eso precisamente es lo que ocurre en el caso que ahora nos ocupa. El curatelado reside en un pueblo de la provincia de Ourense y la FUNGA, curadora, tiene su sede en Santiago de Compostela y no tiene personal a su cargo fuera de esa ciudad. ¿Cómo puede detectar entonces si la persona está siguiendo adecuadamente o no su tratamiento médico? ¿Cómo puede supervisarla y conseguir que se medique? Aquí es precisamente donde cobra toda su importancia el ejercicio delegado de la curatela. La FUNGA, ente tutelar público, debe prever y planificar el modo de trabajo individualizado para garantizar la correcta ejecución de la tarea que le ha sido encomendada. Será muy importante que conozca si cuenta con apoyos de familiares, vecinos, amigos, etc, del curatelado. Estos serán quienes podrán informar a la entidad tutelar sobre los movimientos del día a día de la persona. Además, la entidad tutelar, deberá coordinarse con otro tipo de servicios o recursos, tanto públicos como privados, en este último caso si el curatelado puede sufragar sus gastos. Todo ello, sin perjuicio de las visitas que, periódicamente, deba realizar el personal de la FUNGA a su curatelado. Las dificultades surgen cuando éste continúa negándose a tomar la medicación; deja de asistir a sus consultas, etc. Si la sentencia, como en el caso que nos ocupa, permite además a la entidad tutelar gestionar en mayor o menor medida el patrimonio, y principalmente las cuentas, del curatelado será más fácil gestionar este tipo de curate-

las. Muchas veces el curador pone como condición para que el curatelado pueda manejar su dinero de bolsillo o intervenir en sus cuentas, que se garantice que éste ha tomado correctamente su medicación; haciendo coincidir la posible retirada de dinero en su banco con la toma de medicación –normalmente inyectables– en el centro de salud. Pero muchas veces, no existe esta capacidad por parte del curador, al que se exige que vele por la toma de medicación pero no se le ofrece ningún tipo de herramienta para que pueda, de hecho, «negociar» con el curatelado, con lo que la ejecución de curatela queda enormemente dificultada. En estos casos, debe extremar la vigilancia, según lo anteriormente expuesto, y lo único que le queda tras la constatación de que el curatelado no está siguiendo adecuadamente la pauta es, o bien intentar convencerle para que permita que se adopten ciertas medidas en su beneficio, por ejemplo, proponiéndole la presencia de un Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) o la integración en programas destinados a su recuperación, educación o formación, si no, acudir al auxilio judicial con la finalidad de conseguir la toma de medicación de forma coercitiva. En este caso, se podría interesar que el juzgado adoptase las medidas adecuadas para garantizar el tratamiento ambulatorio del curatelado, bien requiriéndole directamente para su cumplimiento, bien oficiando a las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para su traslado al centro de salud para la toma o, en último extremo, ordenando un ingreso involuntario en centro, si fuese preciso, según lo que más adelante se comentará.

Especialmente llamativo resulta el fallo de la sentencia en cuanto a la decisión relativa a un posible ingreso en establecimiento del curatelado. Textualmente el apartado 2 del mismo indica que: *«En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial»*. De la lectura literal del fallo se concluye que las atribuciones otorgadas en este aspecto tan crucial al curador son absolutas, yendo incluso más allá que las que el propio Código Civil otorga con carácter general al tutor en su art. 271. Efectivamente, respecto al ingreso o permanencia en un establecimiento de las características indicadas el curador está facultado en este caso no sólo a limitarse a asistir a su curatelado, sino a decidir sobre el ingreso o permanencia en el mismo, sin que parezca que precise para ello de la autorización judicial que nuestro ordenamiento jurídico exige con carácter general a los tutores respecto de sus pupilos. Literalmente la sentencia indica claramente que será el curador quién tome la decisión, lo cual nos parece muy grave no sólo porque deja en sus manos una decisión que afecta al derecho fundamental a la libertad de la persona protegida y que, en todo caso, entendemos, debería corresponder al juez; sino porque claramente contraviene los principios y preceptos de la CNUDPD y deja claro el desconocimiento o rechazo de las recomendaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Informe emitido con motivo de la Sexto Periodo de Sesiones que tuvo lugar entre el 19 y el 23 de septiembre de 2011, que abogan por la eliminación de cualquier tipo de ingreso en centro o establecimiento no basado en el libre consentimiento de la persona con discapacidad. La atribución otorgada en este caso al curador resulta de tal intensidad que supera realmente el propio concepto de curatela basado en la simple asistencia, por lo que no parece adecuado que en este caso se hable de dicha figura, sino quizá sería más propio hablar de una tutela puesto que la decisión de ingreso no se toma de forma conjunta entre curador y curatelado, sino que aquél decide incluso en contra de la voluntad de éste. No acompaña, sustituye. En todo caso y, aunque el fallo no lo indique así, opinamos que el curador en este caso también debería solicitar autorización judicial para proceder al ingreso involuntario, puesto que lo contrario vulneraría lo establecido en el art. 17 de la Constitución Española.

También resulta igualmente llamativo el fallo de la sentencia en cuanto al aspecto patrimonial. A pesar de que la figura de protección elegida por el Tribunal Supremo atendiendo al espíritu de la CNUDPD ha sido la curatela, si nos fijamos en el alcance de ésta podremos concluir que, de hecho, en la práctica más que de una curatela, también en el aspecto patrimonial nos estaríamos encontrando casi con una tutela. Quizá la única diferencia que podemos vislumbrar entre esta figura y la asignada en el fallo es el grado de iniciativa respecto a las operaciones de carácter económico. Si nos encontrásemos ante una tutela pura, es cierto que la iniciativa correspondería siempre al tutor, quien se encargaría de decidir cuándo, qué, cuánto y cómo se administra el patrimonio íntegro del tutelado, recabando las preceptivas autorizaciones judiciales cuando así correspondiese. En este caso, es cierto que el Tribunal atribuye al propio curatelado la iniciativa en la gestión, si bien en la práctica nada de esto podrá hacer sin la asistencia, control y fiscalización de su curador. En este caso, consideramos que el grado de atribución otorgado al curador, supera la previsión general establecida en el art. 290 del CC y de alguna manera, en la práctica, impide el manejo más básico de sus propios recursos al curatelado. ¿Qué grado de maniobra tiene entonces éste sobre sus propios ingresos? En la práctica, ninguna sin consenso con el curador; lo cual resulta un tanto chocante con la propia figura de la curatela o con el espíritu de la CNUDPD

y con el recogido ya en el año 2003 por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que busca potenciar la autonomía de la persona y su capacidad de autogestión. La sentencia no sólo obliga al curador a fiscalizar y controlar todos los gastos del curatelado, incluidos los corrientes, sino que además en la rendición de cuentas deberá presentar todos los recibos y rendir cuentas anuales. Queda a su criterio otorgar al curatelado una cantidad en concepto de «*dinero de bolsillo*». Parece que más que potenciar su capacidad de autogestión, se le anula generándole una absoluta dependencia económica de su curador lo cual podrá limitar su desarrollo personal.

De lo expuesto en los apartados anteriores, se infiere la dificultad para calificar en la práctica la figura de protección ante la que nos encontramos. Denominada curatela, en algunos casos hemos visto que la intensidad de ésta es tal que en la práctica podríamos afirmar que nos encontramos ante una verdadera tutela. A la luz de la Convención, la terminología con la que se le denomine no parece ser lo más importante, pues lo que realmente debe preocupar es que a la persona se le dote de los mecanismos de apoyo que realmente precise, sean estos más o menos intensos. Quizá el hecho de no haber adaptado la normativa de tutela española a la CNUDPD provoque esta confusión, al obligar a manejar a la luz de ésta, terminología o figuras cuyo significado original parece haberse quedado obsoleto.

En la práctica, la entidad tutelar se verá obligada a tratar esta curatela casi como si de una tutela se tratase a la vista de las exigencias y obligaciones impuestas por la sentencia por lo que esta se transforma en un nuevo brindis al sol de los que nos tienen tan acostumbrados los Tribunales españoles cuando se acercan a la Convención.

IV.– RESUMEN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS Y CONCLUSIONES.

IV.– RESUMEN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS Y CONCLUSIONES.

PRIMERA.– A lo largo de la historia varios han sido los paradigmas teóricos con los que la sociedad se ha enfrentado a la discapacidad. Superado el llamado modelo de prescindencia en el que a las personas con discapacidad se las excluía de la sociedad podemos resumir estos paradigmas en tres:

- a.– Por un lado, se encuentra el llamado modelo médico que considera la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela.
- b.– El segundo modelo es el llamado modelo social. Para él no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Así se pone la atención en el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que discriminan a las personas con deficiencias. El modelo social considera a la discapacidad como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social.
- c.– El tercer modelo partiendo de la dignidad intrínseca del ser humano, sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afectan, y sitúa el centro del problema fuera de la persona para trasladarlo a la sociedad. Con ello, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos. Esta es la filosofía en la que se circunscribe la Convención de Naciones Unidas de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad de 2006 que fue ratificada por España y publicada en el Boletín Oficial del Estado.

SEGUNDA.– En materia jurídica la evolución ha pasado de la consideración de las personas con discapacidad como objetos más que como sujetos de derecho, pasando por la consideración de los mismos como sujetos pero sin capacidad de obrar por lo que se utilizaban las instituciones de la incapacitación y la tutela (pero dirigidas más a la protección del patrimonio familiar que a la defensa de la persona afectada por la discapacidad), llegando a la concepción de la persona con discapacidad como sujeto de derecho con plenos efectos propia de la Convención.

TERCERA.– Nuestro derecho positivo empezó a cambiar con la promulgación de la Constitución Española de 1978. Con la misma la situación personal de las personas con discapacidad dejó de ser una cuestión meramente individual y familiar y se transformó en un asunto de importante calado social, tal como contempla el artículo 49 de nuestra Carta Magna. Ello supone partir del respeto a la personalidad del incapaz y al libre desarrollo de la misma de igual forma que la que se otorga al resto de los ciudadanos.

Se pasa así a una orientación integradora que busca, no tanto la muerte civil del discapacitado, como su desarrollo personal e integración, total y completa, en la sociedad. El derecho reconoce a la persona con discapacidad la misma dignidad y derechos que al resto de los miembros de la sociedad en condiciones de igualdad. Pero esta igualdad no puede olvidar las propias diferencias del discapaz, ya que este parte de una desigualdad práctica. Por ello, el mismo debe ser titular de un trato específico que le otorgue una especial protección y facilite su inserción e intervención activa en la sociedad a la que pertenece. La discapacidad supone deficiencia de algo, limitación, y las instituciones jurídicas deben dirigirse hoy a compensar o completar una personalidad

que no ha terminado de desarrollarse o que se encuentra desestructurada por determinadas patologías con vocación de permanencia. La protección al incapaz debe partir de la base de que se le protege para que pueda gozar sin discriminación negativa de sus derechos como persona y como ciudadano. Por ello, toda la regulación jurídica de la incapacidad se basa hoy en el principio del mayor interés del incapaz.

La reforma operada por nuestro Código Civil en 1983 incide en esta línea al potenciar la protección de los intereses personales, afectivos y morales, del incapacitado, como algo enraizado en su propia dignidad.

CUARTA.— Tras la reforma de 1983 con la introducción de la guarda de hecho y, sobre todo, la graduación de la sentencia de incapacitación se introdujo en nuestro derecho estos principios. Teóricamente esta evolución siguió, por ejemplo, con la introducción por algunos autores de las llamadas teorías de la causa y el motivo de la incapacitación (sustantiva) y la llamada teoría de la doble vía (de carácter procesal), que adelantaban ya muchos de los principios que se han consolidado con la introducción de la Convención de 2006. Por desgracia, esta evolución teórica no se vio acompañada de una verdadera aplicación práctica de los mismos.

Así, la situación de las personas con discapacidad en nuestro país, se ve lastrada porque no se atiende al caso concreto sino que la justicia tiende a regular de forma rápida y estandarizada la situación de cada persona con discapacidad sin detenerse a observar las circunstancias que la rodean, que es exactamente lo que la Convención pretende. Por mucho que existen profesionales que se preocupan de llevar a cabo estos principios, la práctica demuestra que la mayoría de las sentencias de modificación de la capacidad son formalistas y estandarizadas con un fuerte abuso de las de declaración de incapacidad total y sometimiento al régimen representativo de la tutela, con un desconocimiento de los aspectos de capacidad que toda persona posee.

QUINTA.— La introducción, en mayo de 2008, de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad nos obliga a replantearnos toda la filosofía de las instituciones jurídicas de la protección de las personas con discapacidad y a adaptar nuestro derecho positivo a los principios de la misma.

SEXTA.— La Convención constituye un instrumento necesario, ya que se ha visto que los ordenamientos internos de los Estados parte carecían de una legislación adecuada que tuviese en cuenta la realidad y las circunstancias de cada persona. Constituye el primer texto internacional sobre derechos humanos dirigido a un colectivo que tradicionalmente ha visto sus derechos vulnerados.

SEPTIMA.— La modificación de la capacidad, tradicionalmente llamada incapacitación, está destinada a la protección de la persona incapaz, pero con ella no se consigue su efectiva integración en la sociedad. Con ella se ve privado de actuar en su propio nombre, aunque pretende igualar las posibilidades de actuación a las demás personas. No debería ser la regla general, sino el caso extremo proporcionado a la verdadera situación de la persona afectada.

OCTAVA.— Tras la Convención se matiza la tradicional diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Solo hay personas con capacidad jurídica. Esta idea es aplicable a España lo que, a nuestro entender, obliga a una urgente modificación del ordenamiento jurídico, fundamentalmente del Código Civil en materia de tutela y demás instituciones tutelares. Por la Convención se obliga al Estado a proveer a la persona con discapacidad de los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para ello, debe establecerse mecanismos judiciales y extrajudiciales de provisión de apoyos, dotados de la necesaria seguridad jurídica e inspirados en los principios de la convención.

NOVENA.— Mientras tanto no se reforme el ordenamiento jurídico español, la convención debe aplicarse por cada operador jurídico directamente mediante la interpretación de nuestro derecho a la luz de sus principios y normas ya que ha sido publicada oficialmente en el Boletín Oficial del Estado y por ello es derecho interno de acuerdo con el artículo 10 de nuestra Constitución y desde entonces es vinculante. Es derecho directamente aplicable en España. Incluso con esa falta de adaptación los juristas y los Tribunales de Justicia deben interpretar y aplicar a las normas existentes a los principios de la Convención como derecho preferente dentro de la pirámide normativa de nuestro ordenamiento jurídico y por encontrarnos ante un supuesto de derechos humanos que debe prevalecer en toda sociedad avanzada y democrática.

DECIMA.— Está siendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo con el reconocido impulso de la Fiscalía el motor de los avances que se observan en esta materia. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de aplicar la Convención en numerosas sentencias; apreciándose una importantísima evolución progresiva en su implementación al derecho interno, en relación al artículo 12 de la Convención fundamentalmente.

UNDECIMA.— Toda esta discusión ha dividido a la doctrina española en tres bloques diferentes en lo que a la aplicación de la Convención se refiere. Estos son los siguientes:

- a.— Un primer grupo está compuesto por aquellos que creen que nuestro derecho privado está plenamente adaptado a la Convención por lo que no hace falta modificación legislativa alguna. En esta tendencia se incluyó en un primer momento nuestro Tribunal Supremo con su sentencia de fecha 29 de abril de 2009 en que consideraba que a través de la curatela se podía dar respuesta a la Convención. Como señala esta sentencia el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque para adecuar su interpretación a la Convención, habrá de tenerse siempre en cuenta que las personas con discapacidad siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales y que la incapacitación total constituye esencialmente una forma de protección, la cual deberá acordarse únicamente en supuestos excepcionales, cuando resulte estrictamente necesaria. Por tanto, puede afirmarse que, sin perjuicio de las modificaciones que procedan para su total adaptación, nada impide que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad³².
- b.— Una segunda tendencia se ubica en el otro extremo al considerar que es necesario cambiar totalmente nuestro derecho privado en la materia para evitar las limitaciones provocadas por el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar y el carácter representativo de la tutela. Fruto de esta tendencia es la Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad elaborada en la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de obrar constituida en el seno del Real Patronato sobre Discapacidad en la que tuve el honor de participar³³.
- c.— La tercera tendencia está vinculada con la anterior ya que va dirigida a la aplicación de la Convención en tanto no se realiza la reforma. Según nuestro ordenamiento constitucional los Tratados serán derecho interno en España una vez que han sido válidamente firmados y publicados en el Boletín Oficial del Estado. La Convención es, pues, de aplicación directa y la estar jerárquicamente por encima del Código Civil ha derogado todas las normas de este que no sean acordes con la misma. En caso de conflicto, debe aplicarse el artículo 12 por encima de los preceptos del Código Civil. Y ello sin perjuicio de que los Tribunales deban interpretar las normas de acuerdo con los principios establecidos en la Convención³⁴.

DUODECIMA.— En lo que a nosotros respecta nos ubicamos en la segunda tendencia como lo prueba nuestra intervención en la elaboración de la Propuesta articulada antes citada y ello sin perjuicio de considerar aplicable la tercera tendencia en tanto no se modifica la legislación.

³² Esta tendencia, en la que parece incardinarse la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SsTS de 29 de abril de 2009, 11 de octubre de 2012, 24 de junio de 2013 o 1 de julio de 2014), es mantenida por Álvarez Lata, N. y Seoane Rodríguez, J.A. en «El proceso de toma de decisiones de las personas con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre Derechos de las personas con discapacidad» en *Derecho Privado y Constitución*, número 24, 2010, pp. 11 y ss, o Martínez de Aguirre, C. en «*El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*», Aranzadi 2014, pp. 27 y ss.

³³ Defensores de esta postura son los miembros del Ministerio Fiscal que han elaborado el Manual de Buenas Prácticas del Ministerio Fiscal en la Práctica de las Personas con Discapacidad o los miembros de la Subcomisión de expertos sobre la materia del Real Patronato sobre la Discapacidad (jueces, fiscales, notarios y representantes de las asesorías jurídicas de las asociaciones de las personas con discapacidad). También es la postura del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas que en sus Observaciones al Informe presentado por el Estado Español en 2011 recomienda al mismo la reforma de la normativa de derecho privado relativa a la materia (número 34). Mantienen la misma en la doctrina Cabra de Luna, M.A., Bariffi, F. y Palacios, A. en «*Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*», pp. 54 y 55, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2007, Marín Calero, C. en «*El Derecho a la propia Discapacidad*», pp. 626 y ss. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2013; De Asís Roig, R. «La Convención de la ONU como fuente del nuevo derecho de la discapacidad» en *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, pp. 307 y ss, Aranzadi 2009 o Cuenca Gómez, P. en «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española» en *REDUR*, número 10, Diciembre 2012, pp. 61 y ss.

³⁴ En realidad, esta tendencia intermedia es la que están siguiendo los defensores de la necesidad de la reforma legislativa en tanto en cuanto no tiene lugar esta. Sobre la aplicación directa de la Convención puede verse Sánchez Martínez, O. y Solar Cayón, J.I en «*La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria*», pp. 132 y ss. Dykinson S.L., Madrid 2015.

DECIMOTERCERA.— La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 supone, no un punto de llegada, si no uno de partida que nos fuerza a revisar toda la regulación privada española de la materia y los principios en que se basa la práctica jurisprudencial para lograr un verdadero reconocimiento de las personas con discapacidad como verdaderos sujetos de derechos.

DECIMOCUARTA.— Con el fin anterior es necesario que la doctrina realice actividades de exegesis de la Convención y de aportación de materiales para un mejor conocimiento de aquella y una integración de los principios de la misma en todo el ordenamiento jurídico español.

V.– BREVISIMO APENDICE JURISPRUDENCIAL.

V.– BREVISIMO APENDICE JURISPRUDENCIAL³⁵.

1.–SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

a.– Sentencia nº 132/2010, de 2 de diciembre de 2010.

Objeto: La STC nº 132/2010, dictada con fecha 2 de diciembre, trae su causa en la cuestión de inconstitucionalidad nº 4542–2001 planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de A Coruña, en relación al INTERNAMIENTO del Art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de LEC., por posible infracción de la reserva de ley orgánica establecida en los Arts. 17.1 y 81.1 CE.

b.– Sentencia nº 7/2011, de 14 de febrero de 2011. Sala Primera.

En el recurso de amparo núm. 3493–2007. Alcance y consecuencias del derecho de defensa de la persona con discapacidad.

c.– Sentencia nº 141/2012, de 2 de julio de 2012. Sala segunda.

Recurso de amparo 5070–2009. Promovido por don FJ.G.F. en relación con los Autos de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Granada que acordaron su internamiento involuntario urgente por trastorno psiquiátrico. Vulneración del derecho a la libertad personal: resolución judicial tardía, adoptada sin haber informado al interesado de los derechos a la defensa y a la prueba que le asisten, y carente de la motivación exigible a una medida privativa de libertad.

2.– SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

a.– Sentencia Nº: 1.096/2008. RECURSO CASACIÓN Nº: 895/2006. Fecha Sentencia: 13/11/2008 . Ponente Excm. Sra. D^a. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

DERECHOS FUNDAMENTALES: Libertad de expresión versus derecho al honor; manifestaciones inequívocamente ofensivas con relación a la persona del denunciado por un presunto delito de abusos sexuales, realizadas por la madre de la presunta víctima, y recogidas textualmente en sendos artículos periodísticos. Existencia de intromisión ilegítima: la libertad de expresión no legitima la utilización de expresiones injuriosas u ofensivas, innecesarias para expresar una idea u opinión, y que menoscaban la reputación ajena.

b.– Sentencia Nº: 282/2009. Fecha Sentencia: 29/04/2009. Recurso Nº: 1259/2006.

Ponente Excm. Sra. D^a. Encarnación Roca Trías.

INCAPACIDAD. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona.

c.– Sentencia nº: 625/2011. Fecha: 21/09/2011. Recurso CASACIÓN Nº: 1491/2008. Ponente Excm. Sra. D^a. Encarnación Roca Trías

Demanda de divorcio interpuesta por los tutores de una mujer incapacitada, en situación de coma vigil. Legitimación para su ejercicio. El interés de la persona sometida a tutela debe quedar demostrado para que el tutor pueda ejercer en su nombre la acción de divorcio.

d.– Sentencia Nº: 504/2012 .Fecha Sentencia: 17/07/2012. Recurso Nº: 1362/2011. Ponente Excm. Sra. D^a. Encarnación Roca Trías.

³⁵ Incluimos solamente referencia a algunas sentencias seleccionadas que tienen interés para los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y la aplicación de la Convención de 2006 por los Tribunales civiles. Se trata solo de reflejar la tendencia a la introducción de nuestro ordenamiento de la Convención.

Incapacitación. Tutela parcial limitada a la disposición de bienes. El nombramiento de tutor efectuado por el interesado en previsión de su posible incapacitación puede no ser aceptado por el juez cuando se demuestra que puede ser perjudicial para los intereses de la persona incapacitada.

e.– Sentencia N°: 617/2012. Fecha Sentencia: 11/10/2012. Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana.

Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en nueva york el 13 de diciembre de 2006, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad.

f.– SENTENCIA 421/2013 Fecha Sentencia: 24/06/2013. Recurso N°: 1220/2012. Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana.

Incapacidad curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad.

g.– SENTENCIA n° 544/2014, Tribunal Supremo Sala 1ª, S 20–10–2014, rec. 229/2013

Pte: Seijas Quintana, José Antonio.

Incapacitación parcial. Curatela. El TS estima el recurso de casación interpuesto por el demandado y declara que éste es parcialmente incapaz, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida adaptada a sus ingresos, conservando su iniciativa pero precisando para ello del curador, su madre. Declara la Sala la incapacidad parcial del demandado al no tener totalmente anulada su capacidad, debiendo dársele apoyos personalizados y efectivos para la toma de decisiones. No procede la rehabilitación de la patria potestad de su madre, al ser una medida de mayor contenido y alcance, sino el establecimiento de la curatela que será ejercida por ésta respecto al gobierno y control del patrimonio del demandado pero sin anular su capacidad económica.

VI.– BIBLIOGRAFÍA.

VI.– BIBLIOGRAFÍA.

- AFONSO RODRÍGUEZ, E. «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», en *Actualidad Civil*, referencia XVII de 1995.
- ALBACAR LÓPEZ, J.L. Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M. *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tri-vium, Comentarios a los artículos 299 bis, y 303 a 306.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.; *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV. Bosch, 5ª ed. Barcelona, 1991.
- ANIBARRO PÉREZ S.; «La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Civitas. Revista española de derecho financiero*, Nº 160, 2013.
- ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derecho privado y Constitución*, 24, 2010.
- BARIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Conven-ción de la ONU» en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y SASTRE, A., (coord.), *Hacia un Derecho de la Discapaci-dad, Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- BARRANCO, Mª.C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2010.
- BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, P.; y RAMIRO AVILÉS, M.A.; «Capacidad jurídica y discapa-cidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad» en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº. 5, 2012.
- BASTIDA FREIJEDO, FJ. y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; «La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico» en *Poder Judicial* numero 3.
- BERROCAL LANZAROT, A.I.; «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad» en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 88, Nº 732, 2012.
- BUSTOS VALDIVIA, I.; «Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de mayo de 1996» en *Actualidad Penal*, LIV/2000.
- CABRA DE LUNA, M.A., BARIFFI, F. Y PALACIOS, A.; *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2007.
- CABRERA MERCADO, R. *El proceso de incapacitación*. McGraw-Hill. Madrid, 1997.
- CAMPO IZQUIERDO, A.L.; «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29/ 04/ 2009. Una compara-tiva en relación con la Sentencia del Tribunal. Supremo de 31/ 12/1991», disponible en <http://www.el-observatorio.org/wp-content/uploads/2009/05/comentario-comparativo-sentencia29deabrilde2009.pdf>; fecha de consulta 20 de noviembre de 2012.
- CAMPOY CERVERA, I.; «La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978» en CAMPOY, I. Y PALACIOS, A. (eds.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Madrid, Dykinson, 2007, págs. 145–207.
- CAÑELLAS, A. «Los derechos humanos del Incapacitado. Contra Ponencia» en *Derechos humanos del Incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*. J.M. Bosch ed. Barcelona 1997.

- CASTILLA RAMOS, F. «Guardador de hecho. Experiencia en Centros de Mayores» en *La deficiencia y la enfermedad mental en clave de solidaridad*. Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la Deficiencia y la Enfermedad Mental. Curso 1996–1997. Córdoba, 1998.
- CAZORLA GONZÁLEZ–SERRANO, M^a; La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual, Aranzadi. Pamplona 2014.
- CUENCA GÓMEZ, P. (ed), Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español, Dykinson, Madrid, 2010.
- CUENCA GÓMEZ, P., «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español, *Derechos y Libertades*, 24, 2011.
- CUENCA GÓMEZ, P.; Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P.; «Los derechos de las personas con discapacidad», Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P.; «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española» en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, N^o. 10, 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P.; «Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Consejo de Europa desde la Convención de la ONU» en *Revista europea de derechos fundamentales*, N^o. 20, 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P.; Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la convención de la O.N.U. en Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P.; «Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Avances y retos pendientes» en *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos = Yearbook of humanitarian action and human rights*, N^o. 11, 2013.
- CHIMENO CANO, M.; «Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- DE ASÍS ROIG, R.; «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Pude» en CAMPOY CERVERA, I., (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004.
- DE ASÍS ROIG, R. y otros; «Sobre la accesibilidad universal en el Derecho», *Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Madrid, Dykinson, 2007.
- DE ASÍS ROIG, R.; «La convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad» en L.C. PÉREZ BUENO (dir.) y A.SASTRE (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2009.
- DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. Y PALACIOS RIZZO, A.; «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Español» en P. CUENCA GÓMEZ (ed.) *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Dykinson, Madrid 2010.
- DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la capacidad», A. PALACIOS y F. BARRIFFI (eds.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2012.
- DE ASÍS ROIG, R.; «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención», 77 *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá* V (2012).
- DE ASÍS ROIG, R., «Sobre la capacidad» en BARRIFFI, F. Y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, EDIAR, 2012.

- DEFENSOR DEL PUEBLO. Situación jurídica y asistencial de los enfermos mentales en España. Madrid, 1991.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. Estudio y recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos. Madrid, 1996.
- DE LORENZO, R. y CABRA, M.A., «Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal» en DE LORENZO GARCÍA, R. Y PÉREZ BUENO, L.C, *Tratado sobre discapacidad*, Pamplona, Thomson, Aranzadi, 2007.
- DE LORENZO GARCIA, R./ (dir.); «Derecho y discapacidad. In memoriam José Soto García–Camacho». EDITORIAL CINCA, 2013.
- DE PABLO CONTRERAS,P; «La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*. Vol. 3º. Dykinson. Madrid 2010.
- DE SALAS MURILLO,S.(coord.); *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico–privados de protección en materia de discapacidad*. El Justicia de Aragón. Zaragoza 2010.
- DE SALAS MURILLO,S.(coord.); *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Dykinson. Madrid. 2013.
- DIEZ– PICAZO (Dir.) y otros.; *Estudio para la Reforma del Código Civil en materia de Tutela*, Fundación General Mediterránea y Dirección General de Servicios Sociales, Madrid, 1977.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P; «La incorporación en el Derecho de la Unión Europea de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad» en *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº. 29, 2012.
- DUERTO ARGEMÍ, T. «Los internamientos en residencias de la Tercera Edad y en Centros de Educación Especial». *Estudios del Ministerio Fiscal*, numero III, 1995.
- ESTARÁS FERRAGUT,R.; «El Derecho de la Persona. El Notario y la ratificación de la Unión Europea de la Convención de la ONU» en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 328, 2012 (Ejemplar dedicado a: 150 aniversario de la Ley del Notariado).
- FÁBREGA RUIZ, C.F; «Aproximación a la crisis de los modelos clásicos de guarda de incapaces». *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, numero VII, Madrid 1997.
- FÁBREGA RUIZ, C.F con Heredia Puente, M.; «Protección legal de incapaces», Biblioteca Jurídica de Bolsillo nº 36, Colex, 1998.
- FÁBREGA RUIZ, C.F con Heredia Puente, M.; «La guarda de hecho como mecanismo protector de incapaces». *Revista Jurídica La Ley*, numero 4497, 11 de marzo de 1998.
- FÁBREGA RUIZ, C.F con Heredia Puente, M.; «Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho Civil Español». *Poder Judicial*, numero 48.
- FÁBREGA RUIZ, C.F con Heredia Puente, M.; «La tutela de las personas jurídicas». *La ley*, numero 4593, 28 julio de 1998.
- FÁBREGA RUIZ, C.F; «Protección jurídica de la tercera edad», Colex, Madrid 2000.
- FÁBREGA RUIZ, C. F; «Acerca de los actos personalísimos del incapaz: Especial referencia a la separación matrimonial» en *TAU* numero 15, Julio–2001.
- FÁBREGA RUIZ, C.F; «La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad», Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección por más señas– La llave (Premio Aequitas), Madrid 2006.
- FÁBREGA RUIZ, C.F; «Breve comentario de la aplicación en la jurisprudencia española de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad» con Torres Costas, María Eugenia en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo–Perrot. II–2013. Buenos Aires.
- FÁBREGA RUIZ, C.F; «El problema de las curatelas de salud y su ejercicio por las personas jurídicas» con Torres Costas, María Eugenia en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo–Perrot. VI–2013. Buenos Aires.

- FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.; «Las políticas sociales en España. La Convención internacional sobre derechos de la personas con discapacidad» en *Constitución y democracia: ayer y hoy : libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012.
- FERRANDO BUNDÍO, E.; «La guarda de hecho» en J.L. MERINO HERNÁNDEZ (coord.), *Manual de Derecho Aragonés de la Persona*. Zaragoza 2009.
- FERREIRÓS MARCOS, C.E. (coordinador) «*Enfermedad y deficiencia mental: Aspectos legales no vinculados al patrimonio*», Volúmenes I y II. Caja de Ahorros del mediterráneo, Alicante 2001.
- FISCALÍA DE JAÉN. «Memorias de la Sección de Protección de Deficientes y Enfermos Mentales de la Fiscalía de Jaén». Años 1995 a 2013.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria de 1984*. «Notas esenciales de la institución tutelar tras promulgarse la Ley 13/1983».
- FRONTERA SANCHO, M. y GÓMEZ BAHILLO, C. A.; «Un estudio sobre la necesidad de reconocimiento, protección y apoyo a las personas con inteligencia límite» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- GANZENMÜLLER ROIG, C. y ESCUDERO MORATALLA, J.F.; «*Discapacidad y Derecho*». Editorial Bosch S.A. Barcelona 2005.
- GANZENMÜLLER ROIG, C.; «El Ministerio Fiscal como instrumento contra la discriminación de las personas con discapacidad:: garantías y derechos de las personas con discapacidad especialmente vulnerables en la convención de Nueva York» en 2003–2012, *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* / coord. por Gloria Esperanza Álvarez Ramírez; Luis Cayo Pérez Bueno (dir.), Alberto Duran López (pr.), 2012.
- GANZENMÜLLER ROIG, C.; «Garantías y derechos de las personas con discapacidad especialmente vulnerables en la Convención de Nueva York. Análisis de las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación a su situación en España» en 2003–2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* / coord. por Luis Cayo Pérez Bueno, Gloria Esperanza Álvarez Ramírez, 2012.
- GARCÍA CANTERO G.; «Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre 2006 sobre personas con discapacidad» en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 92, 2013.
- GARCÍA GARCÍA, L. «Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacidad e internamiento.», Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 2000.
- GARCIA GARNICA, M.C.; «Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y dependencia» Dykinson, 2014.
- GARCÍA– RIPOLL MONTIJANO, M. «*La protección civil del enfermo mental no incapacitado*», José María Bosch editor, Barcelona 1992.
- GARCÍA– RIPOLL MONTIJANO, M. «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo» en *Actualidad Penal*, XXXII/1999.
- GARCÍA PONS A.; «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España» en *Anuario de Derecho Civil*, , Vol. 66, Nº 1, 2013.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R.; «La designación judicial del guardador legal» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- GERMÁN URDIOLA, M.J.; «Tratamiento ambulatorio involuntario e internamiento involuntario» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- GETE–ALONSO, M.C.; *La nueva normativa en materia de capacidad de la persona*. CIVITAS. Madrid 1985.
- GUILARTE MARTÍN–CALERO, C.; *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw–Hill Interamericana de España, 1997.

- GULLÓN BALLESTEROS, A.; «Capacidad jurídica y capacidad de obrar» en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- GUTIÉRREZ CALLE, J.L. «Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado» en *Poder Judicial* numero 56.
- LADRÓN TABUENCA, M.P.; «Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad» en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº. 5, 2012.
- LAORDEN, J., (dir.); *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, Aspectos jurídicos, Madrid, CGPJ, 2007.
- LECIÑENA IBARRA, A.; *La guarda de hecho de las personas mayores*. CIVITAS–THOMSON REUTERS, 2014.
- LEGERÉN MOLINA, A.; «El funcionamiento de la guardia legal ejercida por personas jurídicas» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- LEÑA FERNANDEZ, R.; *El Notario y la protección del discapacitado*. Colegios Notariales de España. Madrid, 1997.
- LÓPEZ PÉREZ, J.; *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Bosch, Barcelona, 1992.
- MARÍN CALERO, C.; *El derecho a la propia discapacidad, El régimen de la discapacidad de obrar*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2014.
- MARTÍN GRANIZO, M.; *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987.
- MARTÍN PÉREZ, J.A.; «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección a las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo Derecho de personas en Cataluña», en R. BARRADA/M. GARRIDO/S. NASARRE, *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*. Bosch. Barcelona, 2011.
- MATEO DÍAZ, J.; «El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos» en *Actualidad Penal*, 561/1986.
- MAYOR DEL HOYO, M.V.; «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la convención de Naciones Unidas» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- MONDÉJAR PEÑA, M.I.; «El guardador de hecho» en G. DIEZ–PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Derecho de Familia*. Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas. 2012.
- MUÑIZ ESPADA, E.; *Las personas jurídico–privadas tutoras*. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1994.
- MUÑIZ ESPADA, E.; «Descripción de las causas que originan la formación de la tutela», en *Actualidad Civil* numero 11 de 1994.
- MUÑOZ FERNANDEZ, A.; «las nuevas herramientas de protección jurídico–privada de las personas dependientes: un estudio», CIVITAS EDICIONES, 2014.
- NAVAS MACHO, P., GÓMEZ SÁNCHEZ, L.E., VERDUGO ALONSO, M.A. y SCHALOCK, R.L.; «Derechos de las personas con discapacidad intelectual: implicaciones de la Convención de Naciones Unidas» en *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 43, Nº 243, 2012.
- NUÑEZ ZORRILLA M.C.; «La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación». Dykinson, 2014.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; «La incapacitación» en *Actualidad Civil* numero 1 de 1985.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, EDESA, 4ª ed., Madrid, 1996.

- PALACIOS, A.; El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Colección CERMI, Madrid, CINCA, 2008.
- PALACIOS, A.; «¿Modelo rehabilitador o modelo social?» en CAMPOY CERVERA, I. Y PALACIOS, A., (coords.), *Igualdad No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Madrid, Dykinson, 2007.
- PALACIOS, A. Y BARIFFI, F.; La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Madrid, Cinca, Colección Telefónica Accesible, 2007.
- PALACIOS, A.; El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Colección CERMI, Cinca, Madrid, 2008.
- PARRA LUCÁN, M.A.; «La guarda de hecho de las personas con discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- PELÁEZ NARVÁEZ, A.M.; «La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *2003–2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* / coord. por Gloria Esperanza Álvarez Ramírez; Luis Cayo Pérez Bueno (dir.), Alberto Duran López (pr.), 2012.
- PEREZ BUENO, L.C.; «2003–2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna». EDITORIAL CINCA, 2013.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.; «Comentario a las sentencia de 29 de abril de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero–abril 2010.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, C.; «La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El artículo 12 de la Convención y sus implicaciones en el derecho privado español», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009.
- RAMIRO AVILÉS, M.A.; «Discapacidad, salud, sanidad e investigación» en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2010.
- RAMOS CHAPARRO, E.; «Enfermedad física, autogobierno e incapacitación» en *Poder Judicial* numero 35.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.; «Los derechos humanos del incapacitado» en *Derechos Humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, J.M. Bosch editor, Barcelona 1997.
- ROGEL VIDE, C.; *La guarda de hecho*. Tecnos. Madrid, 1986.
- ROVIRA SUEIRO, E.; La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.
- SANAÚ VILLARROYA, J.J.; «Las fundaciones tutelares como guardadoras» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- SANCHEZ MARTÍNEZ, M.O. Y SOLAR CAYON, J.I.; «La Convención Internacional sobre los Derechos de las <personas con Discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de reforma legislativa». Dykonson, s.l. Madrid 2015.
- SANTOS MORÓN, M.J.; Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos: honor, intimidad e imagen, Escuela Libre, Madrid, 2000.
- SANTOS URBANEJA, F.; «El internamiento psiquiátrico: problemas que plantea el internamiento involuntario» en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, III 1995.
- SANTOS URBANEJA, F.; «Actuaciones del Fiscal a raíz de la comunicación prevista en el artículo 203 del Código Civil. Posición del Fiscal. Fundamento de su actuación. Las Diligencias Preliminares.» en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* VII/1997, Madrid.

- SASTRE CAMPO, A.; «La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad» en *2003–2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* / coord. por Luis Cayo Pérez Bueno, Gloria Esperanza Álvarez Ramírez, 2012.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. Y ÁLVAREZ LATA, N.; «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad: una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 2010.
- SILLERO CROVETTO, B.; «Implicaciones del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el sistema jurídico español» en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García* / coord. por Domingo Jiménez Liébana, 2012.
- SOTO RUIZ, J.J.; «El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado» en DE LORENZO, R., Y PÉREZ BUENO, L.C., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Pamplona, Thomson, Aranzadi, 2007.
- SUBCOMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR SEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. Propuesta articulada de reforma del Código Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Madrid 2012.
- VARELA AUTRÁN, B.; «Incapacidad, curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre», *Diario La Ley*, Nº 8006, 2013.
- VENTOSO ESCRIBANO, A.; *La reforma de la Tutela*. Colex. Madrid, 1985.
- VVAA.; «Monográfico dedicado a la reforma del CC en materia de Tutela» en *Documentación Jurídica* numero 41, Madrid, 1984.
- VVAA.; *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- VVAA.; *Deficiencia, enfermedad mental y senilidad: Mecanismos legales de protección*. Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la deficiencia y la enfermedad mental. Curso 1995–1996. Córdoba, 1996.
- VVAA.; «Curso sobre protección legal de incapaces» en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII–1997.
- VVAA.; *La persona con retraso mental*. Fundación Tutelar TAU y CAJASUR. Sevilla, 1997.
- VVAA.; «Los discapacitados y su protección jurídica», *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, numero 22, Madrid 1999.
- VVAA.; «Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios.», *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, numero 26, Madrid 2000.
- VVAA.; Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad. La modificación de la capacidad de obrar. Fundación Jiennense de Tutela. Jaén. 4ª edición 2015.
- VVAA.; Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del ministerio fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Fundación Aequitas. Madrid 2010. 2ª Edición Tirant lo Blanch. Valencia 2011.
- VVAA.; *Estudios Jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*. Martín García–Ripoll Montijano, M. y Leciñena Ibarra, A. (coordinadores). Thomson–Reuters Aranzadi. 2014.
- YÁÑEZ VIVERO, F.; «Las obligaciones de las personas con discapacidad psíquica a la luz de la Convención de Naciones Unidas de 2006: especial consideración de la responsabilidad por daños» en *Comunitania: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, Nº. 3, 2012.

